

«ت ٤٧٤ هـ» رحمه الله تعالى

تلميذ الإمام القدوري

موسوعة في الفقه المقارن تنشر لأول مرة

ومعه

تقريب الغريب شرح غريب الأحاديث الواقعة في شرح أبي نصر الأقطع

للحافظ قاسم بن قطلوبغا الحنفي

تحقيق

محمد بن سيد بن عبد الفتاح درويش

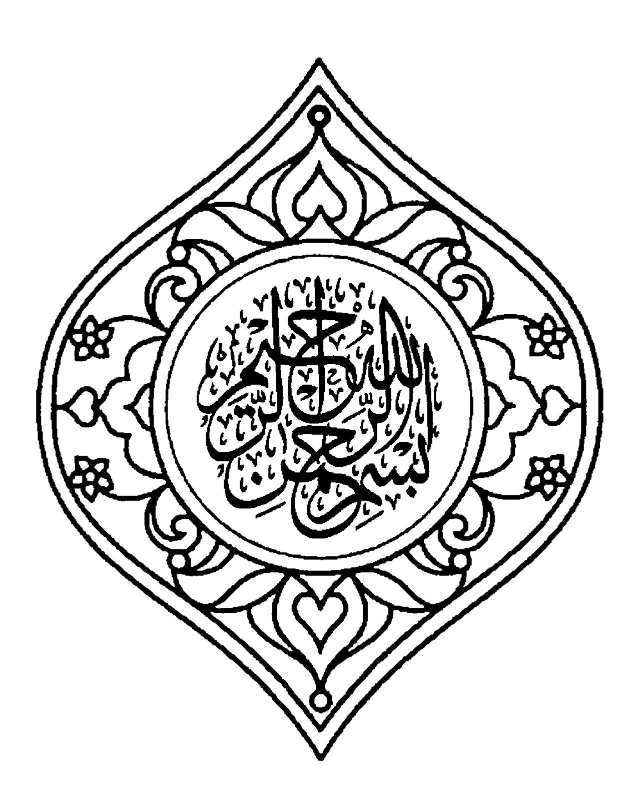
المجلد الخامس

النكاح - الرضاع - الطلاق - الرجعة - الإيلاء - الخلع - الظهار - اللعان - العدة - النفقات - العتاق - المكاتب - الولاء

دار المنهاج القويم
علم ينتفع به

شرح مختصر القدوري

٥





دار المنهاج القويم

علمٌ يُنتفعُ بِهِ

الطَّبعةُ الأُولى

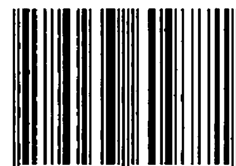
١٤٤٤ هـ -٢٠٢٣ م

دار المنهاج القويم للنشر والتوزيع
لصاحبها براء فاروق كريم
وفقه الله تعالى

الجمهورية العربية السورية
دمشق - حلبوني - جادة ابن سينا - بناء الشلاح
هاتف : 2235402 - فاكس : 2242340 - ص.ب : 31446
جوال :00963944272501 - العلاقات العامة : 00963947320948

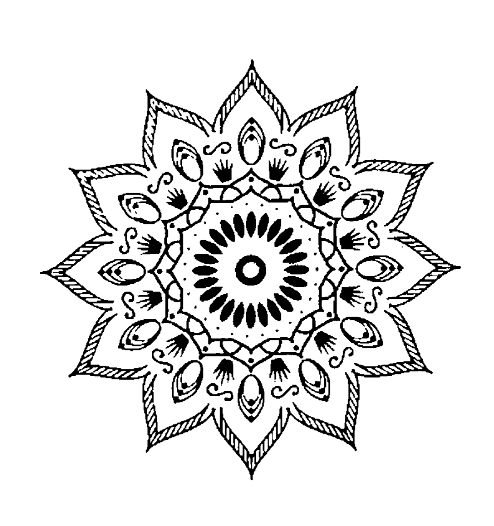
عضو في الاتحاد العام للناشرين العرب - عضو في اتحاد الناشرين السوريين

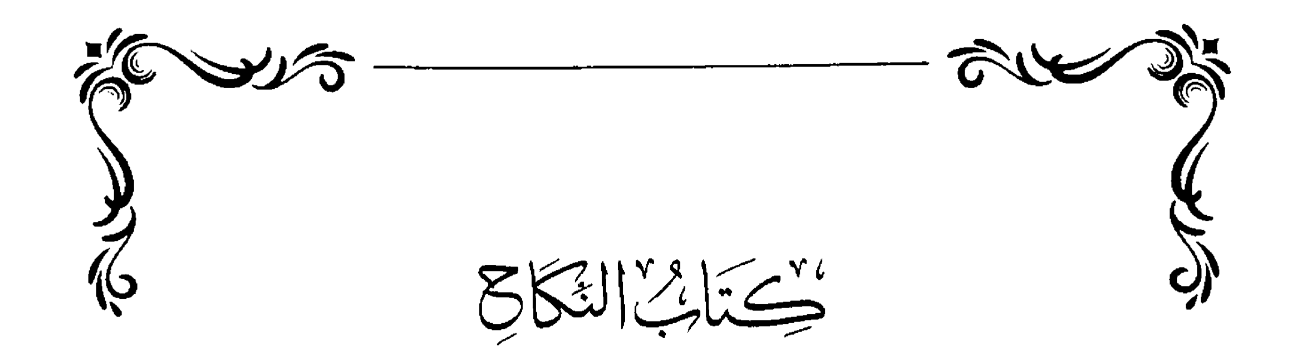
الرقم المعياري الدولي
ISBN : 978-9933-609-77-1



Email : darminhagkawem@hotmail.com
Email : darminhagkawem@gmail.com

كِتَابُ النِّكَاحِ





كِتَابُ النِّكَاحِ

قال الشيخُ الإمامُ أبو نصرٍ، أحمدُ بنُ محمدٍ البغداديُّ، رَحِمَهُ اللَّهُ[1]:

النكاحُ في اللغةِ: حقيقةٌ في الوطءِ، تقولُ العربُ: تناكَح الشيئانِ، إذا تداخَلا. وقالوا: أَنْكَحْنَا الفَرَا فسَنَرَى. يَضْرِبُون ذلك مثَلًا للأَمْرِ يَجْتَمِعُون عليه فيَنْظُرُون ماذا يكونُ منه[2].

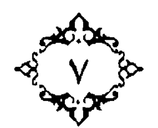
وهو في الشرعِ أيضًا: حقيقةٌ في الوطءِ مجازٌ في العقدِ؛ لأن العقدَ الذي يُتوَصَّلُ به إلى الوطْءِ يُسمَّى نكاحًا، ولا يُسمَّى العقدُ الذي يُتوَصَّلُ به إلى الوطْءِ نكاحًا، فعُلِم أنه مجازٌ فيه.

---

(١) ليس في (س)، وفي (أ، ح، ع): «أدام اللَّه تأييده»، وفي (ل): «أدام اللَّه تأييده ورحمه»، وفي (أ٢، غ، ي): «رحمة اللَّه عليه».

(٢) قال في حاشية (ح): «الفرا بفتح الفاء يمد ويقصر، وفي المثل كل الصيد في جوف الفرا، وقد تكلم به النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وأصل المثل قومًا خرجوا يتصيدون فصاد أحدهم ثعلبًا، وصاد الآخر أرنبًا، وصاد آخر قنفذًا، وصاد أحدهم حمارًا، فقال: كل الصيد في جوف الفرا، والجمع فراء بالكسر والمد. قاموس. وقال: أي: جمعنا بين حمار الوحش والأتان لننظر ما يكون منهما».

والفرأ: بفتح الفاء والراء وآخره مهموز مقصور، هو حمار الوحش، ويُضرَبُ مثَلًا للأمر ينتظر وقوعه ولا يُدرى كيف يقع. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص٣٨)، و«مجمع الأمثال» (٢/ ٣٣٥)، و«المستقصى في أمثال العرب» (١/ ٤٠٠).



وقد قال الشافعيُّ: هو في الشرعِ عبارةٌ عن العقدِ؛ لأن اللَّه تعالى لم يذْكُرِ النكاحَ في القرآنِ إلا والمرادُ به العقدُ[1].

وهذا الذي ذكَره لا يَصِحُّ؛ لأن اللَّهَ تعالى قد ذكَر النكاحَ في القرآنِ والمرادُ به الوطءُ بالإجماعِ، وهو قولُه تعالى: ﴿الزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً﴾ [النور: ٣]. وكلُّ موضعٍ حُمِلَ على العقدِ فإنما حُمِلَ عليه بدليلٍ قارَن اللفظَ مثل قولِه تعالى: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٥]. لمَّا كان الوطْءُ لا يَقِفُ على الإذنِ[2] عُلِم أن المرادَ به العقدُ، وكقولِه: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ مَثْنَىٰ وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾ [النساء: ٣]. لما كان الوطْءُ لا يتقدَّرُ عُلِم أن المرادَ به العقدُ.

والنكاحُ جائزٌ مندوبٌ إليه وليس بواجبٍ، وقال نُفاةُ القياسِ: هو واجبٌ[3].

وليس بصحيحٍ؛ لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنِ اسْتَطَاعَ مِنْكُمُ البَاءَةَ[4] فَلْيَتَزَوَّجْ،

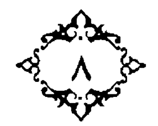
(١) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٧)، و«بحر المذهب» (٩/ ٦)، و«كفاية النبيه» (١٣/ ٤)، و«النجم الوهاج» (٧/ ٧).

وقال في حاشية (ح): «[قال] أبو علي الفارسي: فرقت العرب فرقًا لطيفًا، فإذا قالوا: نكح فلانة [بنت] فلان أو أخته. فالمراد عقد عليها، قالوا: نكح امرأته أو زوجته لم يرد[إلا]وطء؛ لأن بذكر امرأته وزوجته يستغنى عن ذكر العقد. اهـ. شرح مسلم». وينظر: «شرح النووي على مسلم» (٩/ ١٧١، ١٧٢).

(٢) في(ج، س): «إذن».

(٣) ينظر: «المحلى» (٩/ ٤٤٠).

(٤) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٠): «البَاءَة بفتح الباء الموحدة، بعدها همزة، وتاء: النكاح والتزوج، يقال فيه: الباءة والباء، وقد يقصر، وهو من المباءة: المنزل، لأن من تزوج امرأة بوأها منزلًا، وقيل: لأن الرجل يتبوا من أهله، أي يتمكن، كما يتبوأ من منزله».



وَمَنْ لَمْ يَسْتَطِعْ فَلْيَصُمْ فَإِنَّ الصَّوْمَ لَهُ وِجَاءٌ[1]»[2].

فأقام الصومَ مقامَ النكاحِ، والصومُ ليس بواجبٍ، و[3]الواجبُ لا يَقُومُ مقامَه ما ليس بواجبٍ[3]؛ ولأنه سببٌ يُتوَصَّلُ به إلى الوطْءِ فلا يكونُ واجبًا كشراءِ الجاريةِ.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: النكاحُ ينعَقِدُ بالإيجابِ والقَبولِ بلفظَيْنِ يُعَبَّرُ بهما عن الماضِي، أو بأحدِهما عن الماضِي وبالآخَرِ عن المستقْبَلِ، مثلُ أنْ يقولَ: زَوِّجْنِي، فيقولُ: زوَّجْتُكَ[4].

أما اعتبارُ الإيجابِ والقَبولِ، فلأن العقْدَ عبارةٌ عن الإيجابِ والقَبولِ، فلا بُدَّ أن يأْتِيَ بهما، وأما انعقادُه بلفظِ المستقْبَلِ مثلُ أن يقولَ: زَوِّجْنِي ابنتَكَ، أو يقول: جئتُ خاطِبًا ابنتَكَ، أو: جئتُ لِتُزَوِّجَنِي ابنتَكَ[5]. فيقولُ الأبُ: قد زوَّجْتُكَ.

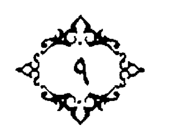
(١) قال في حاشية (ح): «بكسر الواو وبالمد... الخصيتين... والمراد هنا أن الصوم يقطع الشهوة، ويقطع شر الجماع ما يفعله الوجاء».
وقال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٠): «وِجَاء بكسر الواو، وبعدها جيم، وهمزة: أن تدق أنثيا الفحل دقًّا شديدًا يذهب شهوة الجماع، ويتنزل في قطعه منزلة الخصي، وقيل: هو أن توجا العروق، كأن تضرب بحديدة وتطعن، من غير إخراج الخصيتين. والمراد: أن الصوم يقطع النكاح كما يقطعه الوجاء، وروي: وجىً بوزن عصًا، يريد التعب، وذلك بعيد، إلا أن يراد فيه معنى الفتور، لأن من وجي فتر عن المشي، فشبه الصوم في باب النكاح بالتعب في باب المشي».

(٢) أخرجه البخاري (١٩٠٥)، ومسلم (١٤٠٠) من حديث ابن مسعود.

(٣-٣) في (ر): «ما ليس بواجب لا يقوم مقام الواجب»، وفي (س، ل): «الواجب لا يقوم مقام ما ليس بواجب»، وفي (ض): «غير الواجب لا يقوم مقام الواجب».

(٤) في (أ، أ٢، س، ل، ي): «قد زوجتك»، وفي (غ): «الآخر قد زوجتك».

(٥) بعده في (س): «أو يقول: جئت خاطبًا».



فَيَصِحُّ النكاحُ ويَلْزَمُ، وليس للمُخاطَبِ[1] أن يقول: ما قَبِلْتُ.

وكذلك لو قال لامرأةٍ: أتزوَّجُكِ على ألفٍ. فقالتْ: قد تزوَّجْتُكَ على ذلك. فهو عقْدٌ[2] جائزٌ، وهذا كلُّه استحسانٌ، وكان القياسُ أن لا ينْعَقِدَ إلا بلفظِ الماضِي؛ لأن لفظَ الاستقبالِ عِدَةٌ، وألفاظُ الماضِي لا يُرادُ بها إلا الإيجابُ، والمقصودُ هو الإيجابُ دُونَ العِدَةِ، وإنما تَركوا القياسَ؛ لأن النكاحَ لا يَحْضُرُه السَّوْمُ فالظاهِرُ مِن جميعِ ألفاظِه الإيجابُ، فصار جميعُ ذلك في معْنى الماضِي فانْعَقَد به.

قال: ولا يَنْعَقِدُ نكاحُ المسلِمِينَ إلَّا بحضُورِ شاهِدَيْنِ، حُرَّيْنِ، عاقِلَيْنِ، بالِغَيْنِ، مُسْلِمَيْنِ.

أما اعتبارُ الشهادةِ في النكاحِ فهو شرْطٌ عندَنا[3].

قال مالكٌ: ليس بشرْطٍ، وإنما الإعلانُ[4] شرْطٌ[5]، فإن حضَر العقدَ شهودٌ وشُرِط فيه الكتمانُ فهو فاسدٌ عندَه[6].

دليلُنا: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ»[7]. ولأنه عقْدٌ فلا يُفْسِدُه

---

(١) في (أ٢، ر، ض، غ، ي): «للخاطب». (٢) بعده في (ي): «صحيح».

(٣) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٢٠٩)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٥٢)، و«الهداية» (١/ ١٨٥)، و«العناية» (٣/ ١٩٩).

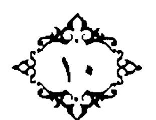
(٤) في (ج، س): «الإعلام».

(٥) هو ليس بشرط عند العقد، بل يستحب، ولكنه شرط قبل الدخول. ينظر: «التبصرة» للخمي (٤/ ١٧٧٩)، و«بداية المجتهد» (٣/ ٤٤)، و«التاج والإكليل» (٥/ ٢٧)، و«الفواكه الدواني» (٢/ ٤).

(٦) ينظر: «المدونة» (٢/ ١٢٨)، و«الإشراف على نكت مسائل الخلاف» (٢/ ٦٩٢).

(٧) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ١٦٧): «غريب».

=



شرْطُ الكتمانِ، أصلُه سائرُ العقودِ.

وأما قولـه: حُرَّيْـنِ بالِغَيْنِ عاقِلَينِ مسلِمَين. فلأن مَن كان على غيرِ ذلك لا تُقْبَلُ شهادتُه على ما نُبَيِّنُه في موضعِه.

قال: أو رجلٍ وامرأتَيْنِ عُدُولًا كانوا أو غيرَ عُدُولٍ، أو مَحْدُودِينَ في قذْفٍ.

أما انعقادُ النكاحِ بشهادةِ رجلٍ وامرأتَيْنِ خلافَ ما قاله الشافعيُّ(١)، فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ». ظاهرُه يقتَضِي انعقادَه بما يَنْطَلِقُ(٢) عليه اسمُ الشهودِ، وذلك موجودٌ في رجلٍ وامرأتَيْنِ؛ ولأنها شهادةٌ يثبُتُ بها المالُ فجاز أن ينْعَقِدَ بها النكاحُ كشهادةِ رجلَيْنِ(٣).

وأما قولُه: عُدُولًا كانوا أو غيرَ عُدُول. فصحيحٌ، وعندَنا ينْعَقِدُ النكاحُ

وقد أخرج الطبراني في «الأوسط» (٥٥٦٥) من طريق أبي بلال الأشعري، نا قيس بن الربيع، عن أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن أبي موسى مرفوعًا: «لا نكاح إلا بولي، وشهود». قال الطبراني: «لم يقل في حديث أبي إسحاق، عن أبي بردة، عن أبي موسى: «وشهود». إلا أبو بلال الأشعري، عن قيس». واسم أبي بلال الأشعري: مرداس بن محمد ضعَّفه الدارقطني، وقد تفرَّد بلفظة الشهود كما تقدَّم. ينظر: «لسان الميزان» (٩/ ٣٢).

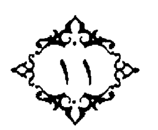
وأخرجه الدارقطني (٣٥١٩)، والبيهقي (٧/ ٥٦) من طريق أبي هارون العبدي، عن أبي سعيد الخدري بنحوه. قال الزيلعي في «نصب الراية» (٤/ ٩٣): «وأبو هارون فيه مقال».

وأخرجه البيهقي في «الخلافيات» (٦/ ٦٣) عن مندل، عن أبي النضر، عن الحسن البصري مرفوعًا بنحوه. قال البيهقي: «وهذا لا يصح، ومندل بن علي ضعيف».

(١) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٥٩)، و«المهذب» (٢/ ٤٣٦)، و«بحر المذهب» (٩/ ٥٦).

(٢) في (أ، أ٢، ج، س، غ): «يطلق».

(٣) في (ي): «الرجلين».



بشهادةِ الفاسِقِ[١].

وقال الشافعيُّ: لا يَنْعَقِدُ[٢].

دليلُنا: أن الفاسقَ يَمْلِكُ قبولَ النكاحِ لنفْسِه فانْعَقَد بحضورِه كالعَدْلِ؛ ولأن حضورَ الشهودِ عقدَ[٣] النكاحِ تحمُّلُ شهادةٍ، وتحمُّلُ الفاسقِ للشهادةِ[٤] يَصِحُّ، الدليلُ عليه سائرُ الشهاداتِ.

وأما المحدودُ في القذْفِ فهو فاسِقٌ أيضًا كغيرِه مِن الفُسَّاقِ.

وقد قال أصحابُنا في صفةِ الشهودِ الذين ينْعَقِدُ النكاحُ بحضورِهم: كلُّ مَن ملَك قبولَ النكاحِ لنفْسِه انْعقَد بحضورِه، ومَن لا يَمْلِكُ القبولَ لنفْسِه لا يَنْعَقِدُ بحضورِه[٥].

وهذا الاعتبارُ صحيحٌ؛ لأن الشهادةَ مِن شرائطِ النكاحِ[٦]، كما أن القبولَ مِن شرائطِه فصحَّ اعتبارُ أحدِهما بالآخَرِ، وإذا ثبَت هذا الأصلُ، قُلنا: لا يَنْعَقِدُ بحضورِ الصبيِّ، والمجنونِ، والعبدِ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهم لا يَمْلِكُ قبولَ[٧] النكاحِ

---

(١) في (ج، ر، س، غ، ي): «الفُسَّاق».

(٢) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٦٠)، و«المهذب» (٢/ ٤٣٦)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٥٢)، و«بحر المذهب» (٩/ ٥٦)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٤٧).

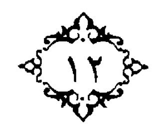
(٣) في (أ، ش، ض، ع، ل، ي، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «عند».

(٤) في (أ٢، ج، ر، س، غ): «الشهادة».

(٥) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٥٣)، و«مجمع الأنهر» (١/ ٣٢١)، و«رد المحتار على الدر المختار» (٣/ ٢٤).

(٦) في (أ، ج، س، ع، ي): «العقد».

(٧) بعده في (أ، س، ض، ع، ي): «ذلك».



لنفسِه، وكذلك الكافرُ إذا حضَر نكاحَ المسلِمِين لمَّا لم يَمْلِكْ قبولَ النكاحِ لنفْسِه لم يَنْعَقِدْ بحضورِه(١).

قال: فإن تزوَّج مسلمٌ ذِمِّيَّةً بشهادةِ ذِمِّيَيْنِ جازَ عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ.

وقال محمدٌ: لا يَجوزُ(٢)، وبه قال الشافعيُّ(٣).

وجْهُ قولِهما: أن الذِّمِّيَّ يَمْلِكُ قبولَ هذا العقدِ(٤) لنفْسِه فانْعَقَد بحضورِه كالمسلمِ، ولأنه يَجوزُ ثبوتُ هذا النكاحِ بشهادتِهما إذا جحَدتِ المرأةُ(٥)، وقد كان حضَر معهما مُسلِمانِ حالَ العقدِ، وكلُّ مَن جاز أن يثبُتَ النكاحُ بشهادتِه فإنه يَنْعَقِدُ بحضورِه كالمسلِمِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن شهادةَ الكافرِ ليستْ بحجةٍ على المسلِمِ، فصار كأنهم سَمِعُوا كلامَ المرأةِ دُونَ كلامِ الزوجِ، فلا يَنْعَقِدُ.

وهذا غيرُ صحيحٍ؛ لأن سماعَ الكافرِ في حقِّ المسلمِ سماعٌ صحيحٌ، بدليلِ أنهما لو أَسلما، وقد كان حضَر معهما العقدَ مسلمانِ ثبَت(٦) بشهادتِهما، فدلَّ على صحةِ سماعِهما في حقِّه.

---

(١) قال في حاشية (ح): «ولو تزوجها مسلم بغير شهود لا يجوز؛ لأن صاحب العقد الزوج، وهو مسلم مخاطب بالإشهاد، فلا يعتبر اعتقادها، وبخلاف ما لو تزوجها ذمي، وفيه خلاف زفر، ويأتي في أنكحة الكفار. مقنع».

(٢) ينظر: «الهداية» (١/ ١٨٦)، و«العناية» (٣/ ٢٠٣)، و«البناية» (٥/ ١٧).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٣٠٩)، و«بحر المذهب» (٩/ ٣٠٤).

(٤) في (ي): «النكاح».

(٥) قال في حاشية (ح): «ولا يظهر النكاح بشهادتهما إذا كانت هي المدعية؛ لأن شهادة الكافر على المسلم لا تقبل. مقنع».

(٦) في (ج، ر، ل، ي): «يثبت».



قال: ولا يَجوزُ[1] للرجلِ أن يتزوَّج بأُمِّه ولا جدَّاتِه[2] مِن قِبَلِ الرجالِ والنساءِ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. واسمُ الأُمِّ يَتناوَلُ الجدَّاتِ مجازًا، فمَن قال[3]: إن اللفظَ الواحدَ يَجوزُ أن يُحمَلَ على الحقيقةِ والمجازِ في حالةٍ واحدةٍ[4]. حرَّمَهُنَّ بالآيةِ، ومَن قال: إن اللفظَ لا يُحْمَلُ عليهما. حرَّم الأُمَّ بالآيةِ وحرَّم الجدَّاتِ بالإجماعِ[5].

قال: ولا بِبِنْتِه، ولا بِبِنْتِ ولدِه وإن سفَلَتْ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. واسمُ البنتِ يَتناوَلُ بناتِ الولدِ[6] مجازًا، فمَن أجاز حمْلَ اللفظِ الواحدِ على الحقيقةِ والمجازِ في حالةٍ واحدةٍ حرَّمهُنَّ بالآيةِ، ومَن لم يُجِزْ ذلك حرَّم ابنةَ الصلبِ بالآيةِ، وحرَّم مَن سواها بالإجماعِ[7].

قال: ولا بأختِه، ولا بِعَمَّتِه، ولا بخالتِه، ولا بناتِ أَخِيه، ولا بناتِ أُخْتِه.

---

(١) في (ش، ونسخة مختصر القدوري): «يحل».

(٢) في (أ٢، س، ظ، ق، ي، ونسخة مختصر القدوري): «بجداته».

(٣) قال في حاشية (ح): «وهم بعضُ العراقيين من علمائنا».

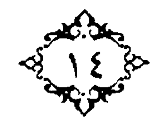
(٤) قال في حاشية (ح): «باعتبار محلين».

وينظر: «تقويم الأدلة» (ص١٢٠)، و«قواطع الأدلة» (١/ ٢٧٩)، و«المحصول» للرازي (١/ ٣٤٣)، و«الإحكام» للآمدي (٢/ ١٩٦).

(٥) ينظر: «مراتب الإجماع» (ص٦٦)، و«بداية المجتهد» (٣/ ٥٧).

(٦) في (أ٢، ي): «الابن».

(٧) ينظر: «مراتب الإجماع» (ص٦٦)، و«بداية المجتهد» (٣/ ٥٧).



وذلك لقولِه تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ وَبَنَاتُكُمْ وَأَخَوَٰتُكُمْ وَعَمَّٰتُكُمْ وَخَٰلَٰتُكُمْ وَبَنَاتُ ٱلْأَخِ وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾ [النساء: ٢٣]. واسمُ الأختِ يَتناوَلُ الأخواتِ المتفرِّقاتِ، فكلُّهُنَّ حرامٌ بظاهِرِ[1] الآيةِ، وكذلك العمَّاتُ والخالاتُ المتفرِّقاتُ الاسمُ يتناوَلُ جميعَهُنَّ، فيَحْرُمْنَ[2] بظاهِرِ الآيةِ.

فأما عمَّةُ الأبِ، وعمَّةُ الأُمِّ، وخالةُ الأبِ، وخالةُ الأُمِّ فحرامٌ بالإجماعِ[3].

وحرَّم اللَّهُ تعالى الأختَ وولدَها، وحرَّم العمةَ والخالةَ دُونَ ولدِهما، فولدُ الخالةِ والعمةِ حلالٌ، وولدُ الأخِ والأختِ حرام.

قال: ولا بأُمِّ امرأتِه دخَل بابنتِها أَوْ لم يَدْخُلْ[4].

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾. وهو عامٌّ.

وعن عبد اللَّهِ بنِ عمرَ[5] أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إِذَا نَكَحَ الرَّجُلُ المرأةَ، ثُم طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَدْخُلَ بِهَا، فَلَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ ابْنَتَهَا، وَلَيْسَ لَهُ أَنْ يَتَزَوَّجَ الأُمَّ»[6].

---

(١) في (ي): «لظاهر».

(٢) في (ض، ي): «فحرمن».

(٣) ينظر: «مراتب الإجماع» (ص٦٦)، و«بداية المجتهد» (٣/ ٥٧).

(٤) قال في حاشية (ح): «ولا بجداتها من قبل أبيها أو أمها بالإجماع. مقنع شرح المجمع لابن أقرب».

(٥) كذا في النسخ، وفي بعضها بضم العين تأكيدًا على أنه ابن عمر لا ابن عمرو، والذي في مصادر التخريج أنه من حديث عبد اللَّه بن عمرو، كما سيأتي بيانه، فلعلَّه يعني رواية لم أقف عليها، والذي يؤكد أن الذي في مصادر التخريج هو الصواب: قول الحافظ في «التلخيص الحبير» (٣/ ١٦٦): «تنبيه: تبين أن قول الرافعي: ابن عمر. فيه تحريف لعلَّه من الناسخ، والصواب: ابن عمرو بزيادة واو».

(٦) أخرجه الترمذي (١١١٧) ثنا ابن لهيعة، وأبو يعلى، كما في «إتحاف الخيرة» (٣٢٤٩) عن =

ورُوِي مثلُ ذلك عن عليٍّ، وعمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[1].

وقال ابنُ عباسٍ: «أَبْهِمُوا ما أَبْهَمَ اللَّهُ تعالى»[2]. وقد كان ابنُ مسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ

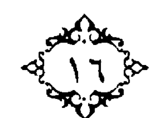
المثنى (كلاهما) من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. قال الترمذي: «هذا حديث لا يصح من قبل إسناده، وإنما رواه ابن لهيعة، والمثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، والمثنى بن الصباح، وابن لهيعة يضعَّفان في الحديث». ينظر: «البدر المنير» (٧/ ٥٩٦).

(١) أثر علي أخرجه الإمام أحمد في «مسائله» برواية ابنه صالح، عقب المسألة (٥١٤) من طريق سعيد، عن قتادة، عن خلاس: «أن عليًّا كان لا يرى بأسًا ماتت عنده أو طلقها، ما لم يغشاها، وينزلها بمنزلة الربيبة». وأثر عمر أخرجه البيهقي (٧/ ١٥٩).

(٢) أخرجه بنحوه ابن أبي شيبة (١٦٢٧٩). وينظر: «معرفة السنن والآثار» (١٠/ ٩٧).

قال في حاشية (ح): «التحريم المبهم هو الذي لا يحل بوجه من الوجوه، كالمبهم من الخيل الذي لا شية فيه يخالف معظم لونه، كتحريم الأمهات والبنات، وكذا أمهات النساء، بخلاف تحريم الربائب فإنها قد تحل، وذلك إذا كن من نساء غير مدخول بهن، «شرح كشاف» للتفتازاني، وقد ذكر ابن عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ هذا الكلام في موضعين في الصوم، وفي النكاح إلى الصوم، فمعناه أن قوله تعالى: ﴿فَعِدَّةٌ مِّنْ أَيَّامٍ أُخَرَ﴾ [البقرة: ١٨٤]. مطلق في قضاء الصوم ليس فيه تعيين أن يقضي متفرقًا أو متتابعًا، فلا تلزموا أنتم أحد الأمرين على القطع والبت، وأما النكاح فقد مر. مغرب».

وقال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٠، ٢١١): «أبهِمُوا ما أبهَمَ اللَّه: قال ابن عباس، حين سئل عن قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ [النساء: ٢٣]. قال في المغرب: معناه: أن النساء في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾. مبهمة غير مشروطة فيهن الدخول بهن، وإنما ذلك في أمهات الربائب، يعني أن قوله تعالى: ﴿ٱلَّٰتِى دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾. صفة للنساء الأخيرة فتخصصت بها، فلما كان كذلك تخصصت الربائب، لأنها منها بخلاف النساء الأولى، فإنها لا تدخل تحت هذه الصفة، فكانت مبهمة. انتهى. وقال الأزهري في التهذيب: سئل ابن عباس عن قوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ﴾. لم يبين أدخل بها الابن أم لا؟ فقال: أبهموا ما أبهم اللَّه تعالى. قال الأزهري: رأيت كثيرًا يذهبون به إلى إبهام الأمر =



يرى أنها لا تَحْرُمُ بنفْسِ العقدِ، ثُم رجَع[1]، ورُوِي عن عليٍّ، وزيدٍ مثْلُ[2] ذلك أيضًا[3]، والصحيحُ عنهما أنها[4] تَحْرُمُ بنفْسِ العقدِ[5].

واستبهامه، وهو إشكاله، وهذا غلط، وكثير من ذوي المعرفة لا يميزون بين المبهم وغيره تمييزًا مقنعًا، وأنا أبينه بعون اللّهِ وتوفيقه: فقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾، إلى: ﴿وَبَنَاتُ ٱلْأُخْتِ﴾. كله يسمى التحريم المبهم، لأنه لا يحل بوجه ولا سبب، كالبهيم من ألوان الخيل الذي لا شية فيه تخالف معظم لونه. ولما سئل ابن عباس عن قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾. ولم يبين تعالى الدخول بهن، أجاب بأنه من مبهم التحريم الذي لا وجه فيه غير التحريم، سواء دخلتم بالنساء أم لا، فأمهات نسائكم حرمن عليكم من جميع الجهات، وأما: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ﴾ فليس من المبهمة، لأن لهن وجهين مبينين، أحللن في أحدهما وحرمن في الآخر، فإذا دخل بأمهاتهن حرمن، وإلا فلا. هذا تفسير المبهم الذي أراده ابن عباس، فافهمه. انتهى. وتعقبه ابن الأثير في النهاية: بأن السؤال في كلامه إنما وقع عن حلائل الأبناء، لا عن أمهات النساء. قلت: وقد صرح هو بالاضطراب، فإنه قال أولًا: سئل عن قوله تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبْنَآئِكُمُ﴾. ثم قال في البيان الذي استبد به: ولما سئل عن قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾. ولعل الأول سبق قلم، وقد تتبعت كثيرًا من كتب الآثار فلم أجد أنه سئل عن الحلائل أصلًا، وإنما سئل عن الأمهات، كما أورده الطحاوي في أحكام القرآن: ثنا يزيد بن سنان، ثنا معاذ بن هشام، ثنا مطر، عن عكرمة، عن ابن عباس في قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾. قال: مبهمة». ينظر: «تهذيب اللغة» (٦/ ١٧٨)، و«النهاية» (١/ ١٦٨)، و«المغرب» (١/ ٩٣).

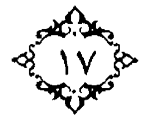
(١) أخرجه البيهقي (٧/ ١٥٩).

(٢) من (أ٢، ض، ل، ي).

(٣) ينظر: «سنن البيهقي» (٧/ ١٦٠).

(٤) بعده في (ج، س، ش، ل): «لا».

(٥) أثر زيد أخرجه مالك (٢/ ٥٣٣)، والبيهقي (٧/ ١٦٠) عن يحيى بن سعيد، عن زيد بن ثابت. قال البيهقي: «منقطع».



وقال بِشْرٌ المَرِيسِيُّ: لا تَحْرُمُ حتى يَدْخُلَ بابنتِها[1]. واحْتَجَّ في ذلك بقوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ [النساء: ٢٣].

قال: والمعطوفُ بعضُه على بعضٍ إذا تعقَّبه شرْطٌ عاد إلى جميعِه، كمَنْ قال: امرأتُه[2] طالِقٌ، وعبدُه حُرٌّ إن دخَل الدارَ.

وهذا الذي ذكَره لا يَصِحُّ؛ لأن الشرْطَ إنما يَعُودُ إلى جميعِ ما تقدَّم إذا أَمْكَن، وليس يُمْكِنُ[3] في مسألتِنا ردُّ الشرْطِ إلى أُمَّهاتِ النساءِ، وذلك لأنه قد استَقَرَّ في العربيةِ أن العامِلَ في الصفَةِ هو العامِلُ في الموصوفِ[4]، وثبَت أيضًا أن المعمولَ الواحدَ لا يَكونُ معمولًا بعامِلَيْنِ[5].

وقولُه تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ جُرَّ[6] بالإضافةِ، وقولُه تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ﴾ جُرَّ بحرفِ الجرِّ، فلو عاد قولُه تعالى: ﴿ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾ إليهما لصار قولُه: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾ معمولًا بالإضافةِ..

(١) ينظر: «المبسوط» (٤/ ١٩٩)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ١٢٢)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٥٨).

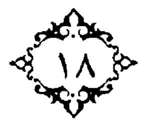
(٢) في (أ٢، ع): «لامرأته».

(٣) في (ي): «بممكن».

(٤) ينظر: «أسرار العربية» (ص٢١٥)، و«شرح الكافية الشافية» (٢/ ١٠٥٠)، و«شرح التسهيل» (٢/ ٦٩).

(٥) في (س): «لعاملين». وينظر: «شرح التسهيل لابن مالك» (٢/ ١٦٤)، و«شرح الكافية» (٢/ ٦٤١).

(٦) في (س): «مجرور».



وبحرفِ الجرِّ[1]، وذلك لا يَصِحُّ[2].

قال: ولا ببنتِ امرأتِه التي دخَل بها سواءٌ كانتْ في حَجْرِه أو في [3]غيرِ حَجْرِه[3].

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم [4]مِّن نِّسَآئِكُمُ ٱلَّٰتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾. فإن لم يدْخُل بامرأتِه وفارقها جاز أن يتزوَّج بابنتِها، ويَستوِي في تحريمِ الربيبةِ أن تكونَ في حجْرِه أو في غيرِ حجْرِه.

وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إنها لا تَحْرُمُ إلا أن تكونَ في حجْرِه»[5].

لنا: أن تحريمَ الربيبةِ تحريمٌ مؤبَّدٌ، والتحريمُ المؤبَّدُ يَستَوِي فيه [6]القُرْبُ والبعْدُ[6] كأمهاتِ النساءِ، وقولُه تعالى: ﴿فِي حُجُورِكُم﴾ ليس بشرطٍ، وإنما ذكَر ذلك؛ لأن العادةَ أن الربيبةَ تكونُ في حجْرِ زوجِ أُمِّها فخرَج الكلامُ على العادةِ، وهذا كقولِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «في خَمْسٍ وعِشْرِينَ ابْنَةُ مَخَاضٍ»[7].

(١) قال في حاشية (ح): «وهو معنى قول النحاة: الوصف الواحد لا يقع على موصوفين مختلفي العامل، فلا يجوز أن يقال: مررت بنسائك، وهربت من نسائك الظريفات. على أن يكون الظريفات نعتًا لهؤلاء النساء، وهؤلاء النساء، كذا قاله الزجاج وغيره، ولا يستقيم أيضًا أن يقال: مررت بزيدٍ إلى عمرو الظريفين».

(٢) قال في حاشية (ح): «فعرفنا أن قوله: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ﴾ ابتدأ بحرفِ الواوِ، وأن أمهاتِ النساءِ مُبهَمَةٌ، كما قال ابن عباس».

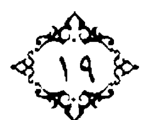
(٣-٣) في (ح، ر، ي، ونسخة مختصر القدوري): «حجر غيره».

(٤) كتب في (ح) بين السطرين: «ولو رضاعًا».

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٣٤) عن مالك بن أوس بن الحدثان، عن علي.

(٦-٦) في (ي): «القريب والبعيد».

(٧) تقدَّم في الزكاة.



وهي التي تمَّتْ لها سنةٌ ودخلتْ في الثانيةِ، ووَصَف أمَّها بالمخاضِ لأنها في الغالِبِ تكونُ في السنةِ الثانيةِ كذلك، وليس بشرطٍ في جوازِها، كذلك في مسألتِنا.

قال: ولا بامرأةِ أبيه وأجدادِه.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ [النساء: ٢٢][(١)].

فامرأةُ الأبِ حرامٌ بظاهِرِ الآيةِ، وكذلك امرأةُ الجدِّ مِن قِبَلِ الأبِ، ومِن قِبَلِ الأُمِّ؛ لأن اسمَ[(٢)] الأبِ يَتناولُهما على وجْهِ المجازِ، فهي حرامٌ بظاهِرِ الآيةِ على قولِ مَن جوَّز حمْلَ اللفظِ الواحدِ على الحقيقةِ والمجازِ، و[(٣)] بالإجماعِ على قولِ مَن منَع مِن ذلك.

قال: ولا بامرأةِ ابنِه، وبَنِي أولادِه.

(١) قال في حاشية (ح): «معناه: إلا ما قد سلف في الجاهلية، فإنكم لا تؤاخذون بذلك إذا خليتم سبيلهن بعد الحرمة، وقيل: معناه: ولا ما قد سلف؛ لأن إلا تأتي بمعنى ولا، قال اللّه تعالى: ﴿إِلَّا ٱلَّذِينَ ظَلَمُوا۟ مِنْهُمْ﴾ فيكون المعنى أنه كما لا يحل ابتداء العقد بعد ثبوت الحرمة لا يحل إمساك ما قد سلف بعد نزول الحرمة، كيلا يظن ظان أن هذه الحرمة تمنع ابتداء العقد، ولا تمنع البقاء، والعرب في الجاهلية كانوا فرقتين، فرقة يعتقدون الإرث في منكوحة الأب إذا لم يكن منها ولد يطؤها بغير عقد رضيت أم كرهت، وفرقة يعتقدون أنها تحل له بعقد جديد، وأنه متى رغب فيها فهو أحق بها من غيره، فنزلت الآية ناسخة لما اعتقده الفرق [..]. كاكي».

(٢) بعده في (ج، س): «الأم و».

(٣) بعده في (ج، س): «هي حرام».



وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَحَلَٰٓئِلُ أَبۡنَآئِكُمُ ٱلَّذِينَ مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ [النساء: ٢٣]. فامرأةُ الابنِ حرامٌ على الأبِ دخَل بها الابنُ أو لم يدْخُلْ؛ لأن تحريمَها مُبْهَمٌ فهو على عمومِه، وتخصيصُ[١] التحريمِ بها دُونَ غيرِها، فيَجوزُ للأبِ أن يتزوَّج بأُمَّهاتها[٢] وبناتِها.

وقولُه تعالى: ﴿مِنۡ أَصۡلَٰبِكُمۡ﴾ إنما ذكَره؛ لأن العربَ كانت تسْتَلْحِقُ بالبنينَ، ويَنسِبُونهم إلى أنفسِهم بالبنوَّة إلى أن نهَى اللَّهُ تعالى عن ذلك بقولِه تعالى: ﴿ٱدۡعُوهُمۡ لِأٓبَآئِهِمۡ هُوَ أَقۡسَطُ عِندَ ٱللَّهِۚ﴾ [الأحزاب: ٥]. فخصَّ اللَّهُ تعالى البنينَ مِن الأصلابِ بالذِّكرِ ليُبيِّنَ أن امرأةَ الابنِ مِن التَّبَنِّي ليستْ بحرامٍ[٣] عليه.

فأما امرأةُ ابنِ الابنِ وإن سفَل، وابنِ البنتِ فحرامٌ؛ إما بظاهرِ الآيةِ على قولِ مَن جوَّز حمْلَ اللفظِ الواحدِ على الحقيقةِ والمجازِ، أو بالإجماعِ على قولِ مَن منَع مِن ذلك.

فإن قيل: كيفَ يُقالُ لولدِ الولدِ: إنهم[٤] مِن الصُّلْبِ.

قيل له: لا يَمْتَنِعُ[٥] ذلك إذا كان أصلُهم الصلبَ، كما قال اللَّهُ تعالى: ﴿هُوَ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن تُرَابٖ﴾ [غافر: ٦٧]. وإن كانت هذه الصفةُ لأوَّلِ الخلْقِ كذلك هذا.

---

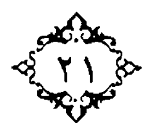
(١) في (أ): «يخصص»، وفي (أ٢، ج، س): «يختص»، وأشار في حاشية (ح) أنه نسخة.

(٢) في (ج، ح، ر، س، ظ): «بأمها».

(٣) بعده في (ر، س، ي): «في الإسلام».

(٤) في (أ٢، ح، ظ): «إنه».

(٥) في (أ٢، ظ، ل): «يمنع».



قال: ولا بأُمِّه مِن الرضاعةِ، ولا بأُختِه مِن الرضاعةِ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾.

قال: ولا يَجْمَعُ بينَ الأُختَيْنِ[1] بنكاحٍ ولا بملْكِ[2] يمينٍ.

أما الجمعُ بينَ الأختينِ في عقدِ النكاحِ فحرامٌ بظاهرِ الآيةِ، واختلَفوا في الجمْعِ بينَهما في الوطْءِ بملْكِ اليمينِ، ورُوِي عن عمرَ[3]، وعليٍّ[4]، وابنِ مسعودٍ[5] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنه محرَّمٌ[6].

وقال عثمانُ بن عفانَ: «كلُّ شيءٍ حرَّمه اللَّهُ تعالى مِن الحرائرِ حرَّمه مِن الإماءِ إلا الجمْعَ»[7].

---

(١) في (ر، س، ش، ع): «أختين». (٢) في (أ، ج، ش، ض، ع، غ): «ملك».

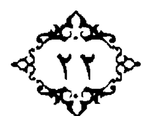
(٣) أخرجه مالك في «الموطأ- رواية أبي مصعب» (١/ ٥٨٧) عن عبيد اللَّه بن عبد اللَّه بن عتبة ابن مسعود، عن أبيه: «أن عمر بن الخطاب سُئل عن المرأة وأختها من ملك اليمين، هل توطأ إحداهما بعد الأخرى، فقال عمر: «ما أحب أن أجيزهما جميعًا ونهاه».

(٤) أخرجه مالك (٢/ ٥٣٨)، وعبد الرزاق (١٢٧٢٨)، ومسدد، وأبو يعلى، كما في «المطالب العالية» (٨/ ٤٨٩) (١٧٣٤). وقال الهيثمي في «المجمع» (٤/ ٢٦٩) عن رواية أبي يعلى: «رجاله رجال الصحيح».

(٥) أخرجه الطبراني في «الكبير» (٩/ ٣٣٥) (٩٦٦٦) عن قتادة: «أن ابن مسعود، كره جمعًا بين الأختين في ملك اليمين». وأخرجه البيهقي (٧/ ١٦٣) عن عبد اللَّه بن عتبة، عن ابن مسعود: «يحرم من الإماء ما يحرم من الحرائر إلا العدد».

(٦) في (ل، ي): «يحرم».

(٧) أخرجه مالك (٢/ ٥٣٨)، وابن أبي شيبة (١٦٥١٩)، ومسدد، كما في «المطالب العالية» =



والدليلُ على ما قُلناه: قولُه تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ [النساء: ٢٣]. والمرادُ به الجمعُ بينَهما في أحكامِ النكاحِ، الدليلُ عليه أن الجمْعَ بينَهما في غيرِ ذلك جائزٌ، وهذا موجودٌ في الجمْعِ بينَهما في الوطْءِ بملْكِ اليمينِ.

ورُوِي: «أن رجلًا سأل عثمانَ عن ذلك فقال: ما أُحِبُّ أن أُحِلَّه، ولكن أَحَلَّتْهما[1] آيةٌ وحرَّمَتْهما[2] آيةٌ. فخرَج الرجلُ مِن عندِه فلَقِي عليَّ بنَ أبي طالبٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فذكَر ذلك له فقال: لو أنَّ إليَّ مِن الأَمْرِ شيئًا لجعلتُ مَن[3] فعَل ذلك نكالًا»[4].

وإنما توقَّف عثمانُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في ذلك؛ لأن التحليلَ والتحريمَ إذا تعارَضا كان التحريمُ أَوْلى.

فإذا ثبَت أن الجمْعَ بينَ الأُختَيْنِ لا يَحِلُّ، قُلنا: إن تزوَّجهما في عقدٍ واحدٍ [5]فنكاحُهما فاسدٌ[5]؛ لأن الجمْعَ بينَهما لا يَصِحُّ لظاهرِ الآيةِ، ولا يَجوزُ أن يَصِحَّ نكاحُ إحداهما بعينِها؛ لأنه ليس إحداهما أولى مِن الأخرى، ولا يَجوزُ أن يَصِحَّ نكاحُ واحدةٍ منهما بغيرِ عينِها؛ لأن النكاحَ لا يَصِحُّ في امرأةٍ مجهولةٍ فلم يَبْقَ إلا بُطلانُ نكاحِهما.

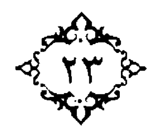
وأما إذا تزوَّج إحداهما بعْدَ الأخرى فنكاحُ الثانيةِ باطلٌ، ويُفَرَّقُ بينَهما؛

(٨/ ٤٨٩، ٤٩٠) (١٧٣٥)، والبيهقي (٧/ ١٦٣).

(١) في (ل): «أحلتها». (٢) في (ل): «حرمتها».

(٣) في (ج): «ممن»، وفي (ح، ظ): «بمن»، وفي (غ): «لمن». (٤) تقدَّم.

(٥-٥) في (ي): «غير جائز».



وذلك لأن نكاحَ الأُولى وقَع صحيحًا، والمنْعُ حصَل في نكاحِ الثانيةِ؛ لأن الجمْع به حصَل فاختصَّ الفسادُ به.

وأما قولُه تعالى: ﴿إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾ فقد قيل فيه تأويلانِ:

أحدُهما: أن مَن جمَع بين أختَيْنِ قبْلَ التحريمِ، ثُم طرَأ التحريمُ عليه جاز له البقاءُ على ذلك العقدِ.

والثاني: أنه لا إِثْمَ على مَن جمَع قبْلَ التحريمِ، وهذا أصحُّ مِن الأولِ.

قال: ولا يَجْمَعُ بينَ المرأةِ و[1] عمَّتِها، ولا خالَتِها، ولا بنت أَخِيها، ولا بنتِ أُخْتِها.

وذلك لما روَى جابرٌ، وابنُ عباسٍ، وأبو هريرةَ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لَا تُنْكَحُ المَرأَةُ عَلَى عَمَّتِهَا، وَلَا عَلَى خَالَتِهَا، وَلَا عَلَى بِنْتِ أَخِيهَا، وَلَا عَلَى بِنْتِ أُخْتِهَا، ولا تَسْأَلُ المَرأَةُ طَلَاقَ أُخْتِهَا لِتَكْتَفِئَ ما[2] في صَحْفَتِهَا، فَإِنَّ اللَّهَ تعالى رَازِقُها[3]».

---

(١) بعده في (أ، أ٢، ح، ش، ض، ظ): «بين»، وفي (ل): «لا بين». (٢) في (ي): «بما».

(٣) في (أ): «لرازقها». وبعده في (ي): «ورازق الخلق أجمعين».

وهذا الحديث مركب من حديثين؛ **الأول**: «النهي عن الجمع بين المرأة وعمتها وخالتها وبنت أخيها وبنت أختها».

أخرجه البخاري تعليقًا (٧/ ١٢)، وأبو داود (٢٠٦٥)، والترمذي (١١٢٦)، والنسائي (٣٢٩٦)، وفي الكبرى (٥٤٠٦) عن أبي هريرة. وقال الترمذي: «حسن صحيح». وينظر: «تحفة الأشراف» (١٣٥٣٩)، و«تغليق التعليق» (٤/ ٤٠٩). وأخرج البخاري (٥١٠٨) من حديث جابر: «نهى رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن تنكح المرأة على عمتها أو خالتها».

وأخرج الترمذي (١١٢٥) من حديث ابن عباس: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى أن تزوج =

وهذا مِن أخبارِ الاستفاضةِ؛ لأن الأُمةَ تلَقَّتْه بالقبولِ، وعَمِلوا بموجَبِه لأَجْلِه، فهو آكَدُ[1] مِن أخبارِ الآحادِ، ولا خلافَ في ذلك إلا ما رُوِي عن عثمانَ البَتِّيِّ أنه قال: «يَجوزُ الجمعُ فيما سِوَى الأُخْتَيْنِ. واحتَجَّ بقولِه تعالى بعْدَ ذِكْرِ المحرَّماتِ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾ [النساء: ٢٤]»[2].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن اللَّهَ تعالى شرَط في الإباحةِ الإحصانَ وهو مُجْمَلٌ، والإباحةُ إذا شُرِط فيها شرْطٌ مجمَلٌ صارَتْ مجملةً، والمجملُ يَحتاجُ إلى بيانٍ ويَصِحُّ بيانُه بخبَرِ الواحدِ، فيكونُ الخبَرُ الذي رُوِّيناه بيانًا للآيةِ.

قال: ولا يَجْمَعُ بينَ امرأتَيْنِ لو كانتْ كلُّ واحدةٍ منهما رجلًا لم يَجُزْ[3] أن يتزوَّجَ بالأُخْرى[4].

المرأة على عمتها، أو على خالتها». وقال الترمذي: «حسن صحيح».

والحديث الثاني في المرأة تطلب طلاق أختها: أخرجه البخاري (٥١٥٢)، ومسلم (١٤٠٨) من حديث أبي هريرة.

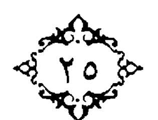
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٢): «لِتَكفئ ما في صحفتها: من كفأت القدر، إذا كببتها لتفرغ ما فيها. والصحفة: إناء كالقصعة المبسوطة ونحوها، وجمعها صحاف. استعير ذلك لإمالة الضرة حق صاحبتها إلى نفسها، إذا سألت طلاقها لتستأثر عليها بحظها، فتكون كمن استفرغ صحفة غيره، وقلب ما في إنائه لنفسه».

(١) ليس في (ش)، وفي (ح): «أكثر».

(٢) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٦٦٠٨)، و«أحكام القرآن» للجصاص (٣/ ١١١)، و«تفسير القرآن العزيز» لابن أبي زمنين (١/ ٣٦٠)، و«النكت والعيون» للماوردي (١/ ٤٦٩، ٤٧٠)، و«تحفة الفقهاء» (١/ ١٢٥)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٦٢).

(٣) بعده في (ي): «له».

(٤) ومن صور المسألة: أن يتزوج الرجل امرأة وامرأة أبيها، فلو كانت إحداهن رجلًا لم يجز =



وهذا العقدُ الذي ذكَره صحيحٌ، وهو مُعْتَبرٌ بالأُختَيْنِ وبالجمْعِ بينَ المرأةِ وعمتِها.

قال: ولا بأسَ بأن يَجْمَعَ بينَ امرأةٍ[1] وابنةِ زوجٍ كان لها مِن قبْلِه[2].

وقال زفرُ: لا يَجوزُ الجمْعُ بينَهما[3].

دليلُنا: أن إحداهما لو كانت رجلًا، وهي الزوجةُ، جاز له أن يتزوَّج بالأخرى[4]، فلم يَعُمَّ التحريمُ الجانِبَيْنِ[5] فصارتا كالأَجْنَبِيَّتَيْنِ، وقد رُوِي أن عبدَ اللَّهِ بنَ جعفرٍ جمَع بينَ امرأةِ عليٍّ وابنتِه[6].

وجْهُ قولِ زفرَ: أن البنتَ لو كانت رجُلًا لم يَجُزْ لها أن تتزوَّج بالأخرى، فلم يَجُزِ الجمْعُ بينَهما كالأُختَيْنِ.

أن يتزوج بالأخرى، والمشهور عن أبي حنيفة الجواز، وقال ابن أبي ليلى بالمنع، ويستوي في ذلك أن يكون التحريم بالرضاع أو بالنسب. ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص ١٧٠، ١٧١)، و«الأصل» (٤/ ٣٦٥)، و«الهداية» (١/ ١٩٢).

(١) في (أ، ع): «المرأة».

(٢) في (أ٢، ح، ظ، ي): «قبل».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٦٣)، و«الهداية» (١/ ١٨٧)، و«العناية» (٣/ ٢١٨)، و«لسان الحكام» (ص٣١٧).

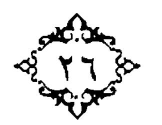
(٤) قال في حاشية (ح): «لأنها أجنبية منها لاستحالة ثبوت الزوجية بين الرجلين».

(٥) ليس في (ج)، وفي (أ، ر، س، ش): «الجنبتين»، وفي (ع): «الطرفين».

(٦) في (أ٢، ي): «ابنة زوج كان لها من قبله».

وقال في حاشية (ح): «وهي ليلى بنت مسعود، وبنت علي هي زينب بنت فاطمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ. ذخائر».

والحديث أخرجه عبد الرزاق (١٣٩٦٥)، وابن ابي شيبة (١٦٦٧١)، والبخاري (٧/ ١١) تعليقًا. وينظر: «البداية والنهاية» (١١/ ٢٥).



قال: ومَن زنَى بامرأةٍ حَرُمَ[1] عليه أُمُّها وابنتُها[2].

وقال الشافعيُّ: الزِّنى لا يتعلَّق به تحريمُ المصاهرةِ[3].

ولو زنى بأُمِّ امرأتِه لم تقَعْ بينَهما فُرقةٌ عندَ الشافعيِّ، وعندَنا تَقَعُ الفُرْقةُ بينه وبينَ زوجتِه[4].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ [النساء: ٢٢]. والنكاحُ حقيقةٌ في الوطْءِ على ما بَيَّنَّاهُ، وإنما سُمِّي العقدُ نِكاحًا على وجْهِ المجازِ، وحَمْلُ اللفظِ على حقيقتِه أَوْلى، وإن كان الاسمُ يَتناوَلُ الأَمْرَيْنِ حُمِل على عمومِه، ولأنه وطْءٌ مقصودٌ في موطوءةٍ فوجَب أن يتعلَّق به تحريمُ المصاهرةِ كالوطءِ بالنكاحِ، وكما لو وَطِئ أمتَه[5] المزوَّجةَ، أو وَطِئ جاريةَ ابنِه.

فإن قيل: رُوي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «الحَرامُ لا يُحَرِّمُ الحَلالَ»[6].

---

(١) في (ج، ح، س، ظ، ي): «حرمت».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٣)، و«الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ٨٨)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ١٠٦)، و«العناية» (٣/ ٢١٩).

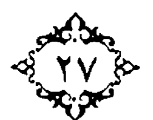
(٣) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٧٠)، و«الحاوي» (٩/ ٢١٤)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٢٣٨)، و«بحر المذهب» (٩/ ٢١٠).

(٤) قال في حاشية (ح): «وعلى هذا بخلاف لو ملك بنته من الزنى هل تعتق عليه أو لا. مقنع».

(٥) في (ي): «جاريته».

(٦) ورد من حديث عائشة، وابن عمر: أما حديث عائشة: فأخرجه الدارقطني (٣٦٧٨، ٣٦٨٠) من طريق عبد الله بن نافع، عن المغيرة بن إسماعيل، عن عثمان بن عبد الرحمن، عن ابن شهاب، عن عروة، عن عائشة مرفوعًا.

وقال الطبراني في «الأوسط» (٤٨٠٣)، (٧٢٢٤): «لم يرو هذا الحديث عن الزهري إلا =



قيل له: إن صحَّ هذا الخبرُ فهو متروكُ الظاهرِ؛ لأن الحرامَ أبدًا يُحَرِّمُ الحلالَ كالوطْءِ بنكاحٍ فاسدٍ، ووطْءِ المتعةِ، ووطْءِ الرجلِ جاريتَه المزوَّجةَ[1]، والنجاسةِ إذا اختلَطتْ بالماءِ، فإذا كان متروكَ الظاهرِ لم يُمْكِنْ حملُه على العمومِ، فيُحمَلُ على ما رُوِي عن عطاءٍ أنه قال: «إنما أراد به الرجلَ يَزْنِي بالمرأةِ، ثُم يتزوَّجُها، فقال: لا يُحرِّمُ الوطْءُ بالزنى[2] العقدَ الحلالَ»[3].

وقد قال أصحابُنا: إذا لَمَس المرأةَ بشهوةٍ، أو قبَّلها، أو نظَر إلى فرجِها بشهوةٍ حرُمتْ عليه أُمُّها وابنتُها[4].

المغيرة بن إسماعيل، تفرَّد به عبد اللَّه بن نافع». وقال ابن القيسراني في «ذخيرة الحفاظ» (٣/ ١٤٤٣)، وعبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/ ١٣٧): «عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي، متروك الحديث. وعبد اللَّه بن نافع ضعَّفه أحمد والبخاري». وينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٢٥٧)، و«الكامل» لابن عدي (٤/ ٢٤٢)، و«التحقيق» لابن الجوزي (٢/ ٢٧٦)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ٣٥١، ٣٥٢).

وأما حديث ابن عمر: فأخرجه ابن ماجه (٢٠١٥)، والدارقطني (٣٦٧٩) من طريق إسحاق ابن محمد الفروي، نا عبد اللَّه بن عمر العمري، عن نافع، عن ابن عمر به مرفوعًا. وقال عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/ ١٣٧): «في إسناده إسحاق بن محمد بن أبي فروة وهو متروك الحديث. وفيه أيضًا عبد اللَّه بن عمر العمري المكبر، وهو ضعيف». ينظر: «التحقيق» لابن الجوزي (٢/ ٢٧٦)، و«العلل المتناهية» (٢/ ٦٢٦)، و«مصباح الزجاجة» (٢/ ١٢٣).

(١) في (ي): «المنكوحة».

(٢) في (ي): «الحرام».

(٣) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٦٥٩٨، ١٦٦١٣).

(٤) قال في حاشية (ح): «ولا يشترط شهوتهما جميعًا، بل يكفي اشتهاء أحدهما إذا كان الآخر محلًا للشهوة، ولا يشترط بلوغها، وإذا وطئ صغيرة لا تشتهى لا تثبت المصاهرة خلافًا لأبي يوسف، والمشتهاة حكي عن محمد بن الفضل أنها بنت تسع فصاعدًا من غير تفصيل، =



وقال الشافعيُّ في «اختلافُ ابنِ أبي لَيْلَى»: إذا لَمَس الرجلُ الجاريةَ حرُمتْ على أبيه وابنِه، ولا تَحْرُمُ عليهم بالنظَرِ. ولم يذْكُرْ غيرَ ذلك[1].

وقال أصحابُه: له قولٌ آخرُ: أن المباشرةَ مِن غيرِ وطْءٍ لا يتعلَّقُ بها التحريمُ[2].

دليلُنا: ما روَى أبو هانِئٍ[3] أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَنْ نَظَرَ إِلَى فَرْجِ امْرأَةٍ لم تَحِلَّ له أُمُّها ولا ابنتُها»[4]. وهو عامٌّ، وعن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنه جرَّد جاريةً له، فسأله بعضُ ولدِه إيَّاها، فقال: إنها لا تَحِلُّ لكَ»[5].

ورُوِي: «أن مسروقًا كتَب إلى أهلِه في جاريةٍ[6]: ألا فَبِيعُوها، أما إني لم

وبنت ست أو سبع أو ثمان إن كانت عيلة، وقال أبو الليث: الغالب في السبع والثماني أنها لا تشتهى ما لم تبلغ تسعًا وعليه الفتوى».

وينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٦٠)، و«العناية» (٣/ ٢٢١)، و«البناية» (٥/ ٣٦)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ١٠٦).

(١) ينظر: «الأم» (٧/ ١٦٤).

(٢) ينظر: «المهذب» (٢/ ٤٤٠)، و«الحاوي» (٩/ ٢١٠)، و«بحر المذهب» (٩/ ٢٠٧).

(٣) في (أ، أ٢، ح، ض، ظ، ع، م، ي): «ابن هانئ»، وفي (غ): «ابن أم هانئ»، وفي (ق): «هانئ». والمثبت من (ج، ر، س، ش، ض١، ض٢، ل) هو الموافق لمصادر التخريج.

(٤) لفظ الحديث في (ي): «إذا نظر الرجل إلى فرج امرأة لا تحل له، حرمت عليه أمها وابنتها».
والحديث أخرجه ابن أبي شيبة في «المصنف» (١٦٤٩٠) عن أبي هانئ مرفوعًا. وضعَّفه عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/ ١٣٧).
وقد أخرج عبد الرزاق (١٢٧٤٤) عن عمرو بن دينار، سمعت وهب بن منبه، يقول: «في التوراة ملعون من نظر إلى فرج امرأة وابنتها».

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٠٨٣٩)، وابن أبي شيبة (١٦٤٧٣).

(٦) في (أ٢، غ، ي): «جاريته».



أُصِبْ منها إلا ما يُحرِّمُها على وَلَدِي مِن اللَّمْسِ والنظَرِ»[1]. ورُوِي مثلُ ذلك عن الحسنِ، ومجاهِدٍ، والزهريِّ، وجابرِ بنِ زيدٍ[2]، ولأن اللمسَ والنظرَ إلى الفرجِ بشهوةٍ[3] لا يَحِلُّ إلا بنكاحٍ أو مِلْكِ يمينٍ فصار كالوطءِ.

قال: وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه طلاقًا بائنًا لم يَجُزْ له أن يتزوَّجَ بأُخْتِها حتى تَنْقَضِيَ عدَّتُها.

ولا يَجوزُ له أيضًا أن يتزوَّج بأربعٍ سِواها، ورُوِي ذلك عن عليٍّ، وابنِ عباسٍ[4]، وكان زيدُ بنُ ثابتٍ يقولُ بجوازِه، ثُم رجَع إلى قولِهما[5].

وقال الشافعيُّ: يَجوزُ[6].

لنا: ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لَا يَحِلُّ لِرَجُلٍ يُؤْمِنُ باللَّهِ وَاليَوْمِ الآخِرِ أَنْ يَجْمَعَ مَاءَهُ فِي رَحِمِ أُخْتَيْنِ»[7]. ومتى تزوَّج أختَها مع بقائِها في

(١) أخرجه علي بن الجعد في «مسنده» (٢٣٦)، وابن أبي شيبة في «المصنف» (١٦٤٨٦).

(٢) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٦٤٧٩، ١٦٤٨٠، ١٦٤٨٣، ١٦٤٨٥).

(٣) في (أ): «الشهوة».

(٤) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٧٠٠٩، ١٧٠١٤).

(٥) أخرج عبد الرزاق (١٠٥٦٦) عن سليمان بن يسار، عن زيد بن ثابت قال: «إذا طلق الرابعة من نسائه، فلا يتزوج حتى تنقضي عدة التي طلق». وأخرج ابن أبي شيبة (١٧٠٠٦) عن سليمان بن يسار، عن زيد بن ثابت: «أن مروان سأله عنها فكرهها».

(٦) ينظر: «المهذب» (٢/ ٤٤١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ١١٧).

(٧) قال ابن عبد الهادي في «التنقيح» (٤/ ٣٤٥): «هذا الحديث لم أر له سندًا بعد أن فتشت عليه في كتب كثيرة». وقال ابن الملقن في «البدر المنير» (٧/ ٥٩٦): «هذا الحديث بلفظه غريب جدًّا، لا يحضرني من خرَّجه بعد البحث الشديد عنه سنين». وينظر «التنقيح» للذهبي =



العدَّةِ فقد جمَع ماءَه في رَحِمِهما[1]، ولأنه معنًى مُنِع منه أحدُ الزوجينِ لأجلِ نكاحِ صاحبِه فيبقَى ببقاءِ العدَّةِ، أصلُه منْعُها مِن الأزواجِ.

قال: ولا يَجوزُ أن يتزوَّجَ المولى أَمَتَه ولا المرأةُ عبدَها.

وقال نُفاةُ القياسِ: يَجوزُ[2].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝٥ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ﴾ [المؤمنون: ٦: ٧]. فأباح الفرْجَ بأحدِ أمرَينِ[3]، فالظاهرُ أنه لا يُستباحُ بهما في حالةٍ واحدةٍ، ولأن النكاحَ يتعلَّقُ[4] به حقوقٌ تَجِبُ لكلِّ واحدٍ مِن الزوجينِ على الآخرِ، وتلك الحقوقُ لا تثبُتُ على المولى لأَمَتِه، ولا على المرأةِ لعبدِها[5]، وأحكامُ العقودِ إذا انتفَتْ لم[6] تَنْعَقِد، كما لا يَجوزُ نكاحُ ذواتِ المحارمِ لمَّا انتفَى موجَبُ العقدِ الذي هو الاستباحةُ.

قال: ويَجوزُ تزويجُ الكتابياتِ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَٰبَ مِن قَبْلِكُمْ﴾ [المائدة: ٥]. ولأنها مؤمنةٌ بكتابٍ مِن كتبِ اللَّهِ تعالى، فجاز تزويجُها

(٢/ ١٨٦)، و«نصب الراية» (٣/ ١٦٨)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٣٦١)، و«الدراية» (٢/ ٥٥).

(١) في (أ، ح، ش، ظ، ل): «رحمها».

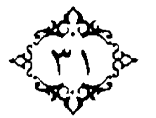
(٢) ينظر: «المحلى» لابن حزم (٩/ ١٦٠).

(٣) في (س، ي): «الأمرين».

(٤) في (ي): «تتعلق».

(٥) قال في حاشية (ح): «كطلب القسم، وتقدير النفقة، والسكنى، والمنع عن العزل، وغير ذلك».

(٦) في (ي): «لا».



للمسلِمِ[1]، أصلُه المسلِمةُ[2].

قال: ولا يَجوزُ تزويجُ المجوسِيَّاتِ[3].

لأنه لا كتابَ لهم[4]، فدخَلوا[5] تحتَ[6] قولِه تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]. والدليلُ على أنه[7] لا كتابَ لهم[8]: أن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: ما أصنَعُ بالطائفةِ التي ليستْ مِن أهلِ الكتاب. فقال عبدُ الرحمنِ بنُ عوفٍ: سمعتُ رسولَ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقولُ: «سُنُّوا بِهِمْ سُنَّةَ أَهْلِ الكِتَابِ»[9].

(١) في (ح): «للمسلمين»، وفي (غ): «المسلم». (٢) في (غ): «الحرة».

(٣) في (أ، ج، ر، س، ض، ل): «المجوس»، وفي (س، ع): «المجوسي».

(٤) في (ي): «لهن».

(٥) في (ي): «فدخلن».

(٦) في (ي): «في».

(٧) في (ي): «أنهن».

(٨) في (ي): «لهن».

(٩) قال في حاشية (ح): «غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم».

والحديث أخرجه مالك في «الموطأ» (١/ ٢٧٨)، وأبو عبيد في «الأموال» (٧٨)، والجوهري في «مسند الموطأ» (٣١٣)، والدارقطني في «العلل» (٤/ ٣٠٠)، والبيهقي (٩/ ١٨٩)، والخطيب البغدادي في «تاريخه» (١١/ ٢٩١) من طرق عن جعفر بن محمد عن جعفرِ بنِ محمدٍ، عن أبيه أن عمر. وهذا حديث منقطع، فإن محمد بن علي لم يلق عمر، ولا عبد الرحمن بن عوف. ينظر: «المراسيل» لابن أبي حاتم (١٤٩)، و«علل الدارقطني» مسألة (٥٧٨)، و«التمهيد» (٢/ ١١٤)، و«التنقيح» لابن عبد الهادي (٤/ ٦١٨)، و«نصب الراية» (٣/ ٤٤٨)، و«البدر المنير» (١٩/ ٢٢٨)، و«الدراية» (٢/ ١٣٣).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٢): «سنُّوا بهم سُنَّةَ أهل الكتاب: أي اسلكوا بهم طريقة أهل الكتاب إلا في كذا، الحديث».



قال: ولا الوَثَنِيَّاتِ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا الْمُشْرِكَاتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾ [البقرة: ٢٢١]. وهو عامٌّ.

قال: ويَجوزُ تزويجُ الصابئاتِ إذا كانوا يؤمنون بنبيٍّ ويُقِرُّون بكتابٍ، وإن كانوا يَعبُدُون الكواكبَ ولا كتابَ لهم[١] لم تَجُزْ مناكحتُهم[٢].

وذلك لأنه إذا كان لهم كتابٌ ودِينٌ يؤمنون به فهم مِن أهلِ الكتابِ، فلا شبهةَ في جوازِ مناكحتِهم، وإذا كانوا يَعْبُدُون الكواكبَ فهم بمنزلةِ عابدِ الوثَنِ، فلا[٣] يَجوزُ مناكحتُهم، هذا هو الصحيحُ مِن المذهبِ.

وأصحابُنا يجعلونها مسألةَ خلافٍ؛ فيقولونُ: عند أبي حنيفةَ: تَجوزُ مناكحتُهم[٤]، و[٥]عند أبي يوسفَ، ومحمدٍ: لا تَجوزُ[٥].

وليس فيها خلافٌ على الحقيقةِ؛ لأن أبا حنيفة أجاب في فرقةٍ لها كتابٌ، وإنما يُعَظِّمُون الكواكبَ كما يُعَظِّمُ المسلمون القِبْلَةَ، وأبو يوسفَ، ومحمدٌ

(١) في (ي): «لهن».

(٢) في (ي): «مناكحتهن».

(٣) «ع»: «ولا».

(٤) في (ي): «مناكحتهن».

(٥-٥) في (س): «عندهما لا يجوز، وكلما ذكر في الكتاب عندهما كلها عند أبي يوسف ومحمد هو».

وينظر: «المبسوط» (٤/ ٢١١)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٧١)، و«العناية» (٣/ ٢٣٢)، و«البناية» (٥/ ٤٦).



أجابا على (١مَن يَعْبُدُ الكواكبَ كما يَعبُدُ الأوثانَ١)، وكلُّ واحدٍ منهم[٢] لا يُخالِفُ صاحبَه فيما أجاب فيه[٣].

قال: ويَجوزُ للمُحْرِمِ والمُحرِمةِ أن يتزوَّجا في حالِ الإحرامِ.

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ للمحْرِمِ أن يتزوَّجَ، ولا يكونُ وليًّا في النكاحِ[٤].

لنا: ما رواه أبو هريرةَ[٥]، وعائشةُ[٦]: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تزوَّج وهو مُحْرِمٌ». وكذلك روَى جابرٌ، عن ابنِ عباسٍ[٧]؛ ولأنه سببٌ يُتوصَّلُ به إلى الوطْءِ فلا يَمْنَعُ منه الإحرامُ كشراءِ الجاريةِ[٨].

(١-١) في (ح): «من يعبد الكواكب كما تُعبد الأوثان»، وفي (س): «من يعبد الكواكب كما يعبدون الأوثان»، وفي (ض): «من يعبد الكواكب وهم بمنزلة عبدة الأوثان»، وفي (ي): «إنهم يعبدون الكواكب كما يعبدون الأوثان».

(٢) في (أ٢، ج، ر، س، غ، ي): «منهما». (٣) في (أ٢، س، ي): «به».

(٤) ينظر: «الأم» (٥/ ٨٤)، و«الحاوي» (٩/ ٣٣٥)، و«المهذب» (١/ ٣٨٥)، و«بحر المذهب» (٩/ ٣٢٧).

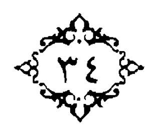
(٥) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٥٧٩٩)، والطبراني في «الأوسط» (٨٩٩٢)، والدارقطني (٣٦٦٢) من طريق كامل أبي العلاء، عن أبي صالح، عن أبي هريرة. وكامل ضعيف، قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ١٧١): «طريق ضعيف».

(٦) أخرجه النسائي في «الكبرى» (٥٣٨٨)، عن ابن أبي مليكة عن عائشة.

وأخرجه البزار (١٤٤٣ - كشف)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٥٧٩٨)، وابن حبان (٤١٣٢) عن مسروق، عن عائشة. قال البيهقي في «الصغير» (٣/ ٦٣): «لا يصح موصولًا، إنما هو عن ابن أبي مليكة، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلًا، وعن مسروق، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مرسلًا».

(٧) أخرجه البخاري (١٨٣٧)، ومسلم (١٤١٠) من طريق جابر بن زيد، عن ابن عباس.

(٨) قال في حاشية (ح): «وكان القاضي الإمام تقي الدين السبكي يقول: لو أحرم قاض وله نائب



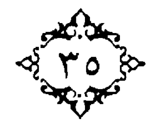
فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لَا يَنْكِحُ الْمُحْرِمُ وَلَا يُنْكِحُ، وَلَا يَخْطُبُ»[1].

قيل له: معناه: لا يَطَأُ المُحْرِمُ، ولا تُمَكِّنُ المحْرِمةُ مِن [2]نفسِها لِتُوطَأَ بظاهِرِ خبَرِنا[2]، ومعْنى قولِه: «ولا يَخْطُبُ». ولا يَلْتَمِسُ الوطْءَ.

قال: ويَنْعَقِدُ نكاحُ الحرَّةِ البالغةِ العاقلةِ بِرضاها، وإن لم يَعْقِدْ عليها وَلِيٌّ عندَ أبي حنيفةَ[3] بِكرًا كانت أو ثيِّبًا، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَنْعَقِدُ إلا [4]بإذْنِ الوَلِيِّ[4].

في بلدة عقد أنكحة فعقوده باطلة على مذهب الشافعي. مقنع شرح المجمع لابن الأقرب».
والمعتمد في مذهب الشافعي جواز عقد النكاح لنائب القاضي، حيث قالوا: ولو أحرم الإمام أو القاضي فلنوابه تزويج من في ولايته حال إحرامه؛ لأن تصرفهم بالولاية لا بالوكالة، ومن ثم جاز لنائب القاضي الحكم له. ينظر: «تحفة المحتاج» (٧/ ٢٥٨)، و«نهاية المحتاج» (٦/ ٢٤١).

(١) أخرجه مسلم (١٤٠٩) من حديث عثمان.
(٢-٢) في (ي): «وطئها».
(٣) بعده في (ع): «وزفر».
(٤-٤) في (ح، ش): «بولي».
اختلف قول أبي يوسف في هذه المسألة، فنقل عنه أنه قال: إنه لا ينعقد إلا بولي إذا كان لها ولي.
ونقل عنه: إن كان الزوج كفؤًا لها جاز وإلا فلا.
ونقل عنه: جاز سواء كان الزوج كفؤًا أو لم يكن.
وأما محمد فقال: ينعقد موقوفًا على إجازة الولي سواء كان الزوج كفؤًا لها أو لم يكن، ويروى رجوعه إلى قولهما. ينظر: «الهداية» (١/ ١٩١)، و«البناية» (٥/ ٧٠)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ١٧٢).



وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ أن تَعْقِدَ المرأةُ النكاحَ لنفْسِها ولا لغيرِها بحالٍ[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الأَيِّمُ أَحَقُّ بنفْسِهَا مِنْ وَلِيِّهَا»[2].

وهو عامٌّ، ولأن[3] مَن ملَك التصرُّفَ في مالِه بِعِوَضٍ وبغيرِ عِوَضٍ جاز أن يَعْقِدَ النكاحَ لنفْسِه، أصلُه الرجلُ.

وجْهُ قولِهما: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»[4].

---

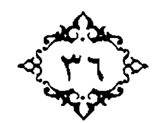
(١) ينظر: «الأم» (٥/ ١٣)، و«الحاوي» (٩/ ٣٨)، و«المهذب» (٢/ ٤٢٦)، و«بحر المذهب» (٩/ ٣٤).

(٢) أخرجه مسلم (١٤٢١/ ٦٦) عن ابن عباس.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٢): «الأيِّم الهمزة الثابتة مفتوحة، والياء مشددة: بوزن القيِّم، المرأة التي لا زوج لها بكرًا كانت أو ثيِّبًا، مطلقةً كانت أو متوفى عنها، والاسم: الأيِّم، أي العزبة، ويقال للرجل أيضًا: أيِّم. قال في المغرب: عن محمد بن الحسن: هي الثيِّب. ويشهد له ما روي أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن في نفسها، وأذنها صماتها». ألا ترى كيف قابلها بالبكر؟ وفي الرواية الأخرى: «الثيِّب أحق». والأول اختيار الكرخي». ينظر: «المغرب» (١/ ٥٢).

(٣) في (ض، ع): «لأنه».

(٤) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣)، والترمذي (١١٠٢)، والنسائي في «الكبرى» (٥٣٧٣)، وابن ماجه (١٨٧٩) من طريق ابن جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة. قال الترمذي: «حديث حسن». وقال ابن الملقن: «هذا الحديث صحيح». وقد تكلم بعض أهل العلم في سليمان بن موسى وفي حديث الزهري، عن عروة، عن عائشة. ينظر: «علل الدارقطني» مسألة (٣٨٠٦)، وابن حبان (٩/ ٣٨٥)، والحاكم (٢/ ١٨٢)، و«التحقيق» (٢/ ٢٥٥، ٢٥٦)، و«نصب الراية» (٣/ ١٨٤)، و«البدر المنير» (٧/ ٥٥٣)، و«الدراية» (٢/ ٦٠).



الجوابُ: أن هذا الخبرَ مطعُونٌ في راوِيه[1]، ولو صحَّ اقتَضى امرأةً لها وَلِيٌّ، والوَلِيُّ في الإطْلاقِ مَن يَنْفَرِدُ بالتصرُّفِ، والمرأة التي اختلَفْنا[2] فيها ليس لها وَلِيٌّ في الإطلاقِ، بل هي وَلِيَّةُ نفسِها، وإنما تثْبُتُ[3] الولايةُ على المجنونةِ، والأَمَةِ، والصغيرةِ، وهؤلاءِ لا يَصِحُّ نكاحُهن[4] بغيرِ إذنِ الوَلِيِّ، فلم يَتناوَلِ الخبرُ موضعَ الخلافِ.

قال: ولا يَجوزُ للوَلِيِّ إجبارُ البِكْرِ البالِغِ[5] على النكاحِ.

وقال الشافعيُّ: يَجوزُ ذلك للأبِ والجدِّ[6].

لنا: ما روَى ابنُ عباسٍ[7]، وابنُ عمرَ[8]، ....

(١) في (أ٢، ج): «روايته»، وفي (ي): «رواته»، وفي (غ): «على رواته».

(٢) في (ر، ظ، غ): «اختلفا».

(٣) رسم هذا الحرف بغير نقط في (أ)، وفي (ج، غ): «ثبت»، ورسم بغير نقط الياء في (ح): «يثبت»، وفي (س، ي): «ثبتت»، وفي (ش، ع): «يثبت».

(٤) في (ح، ظ): «نكاحهم».

(٥) في (أ٢، ج، ظ، ي): «البالغة».

(٦) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٥٢)، و«المهذب» (٢/ ٤٢٩)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٤٢)، و«بحر المذهب» (٩/ ٤٨)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٥٣).

(٧) أخرجه أبو داود (٢٠٩٦)، والنسائي في «الكبرى» (٥٣٦٦)، وابن ماجه (١٨٧٥) من طريق عكرمة، عن ابن عباس. قال ابن القطان «بيان الوهم والإيهام» (٢/ ٢٥٠): «صحيح، ولا يضره أن يرسله بعض رواته، إذا أسنده من هو ثقة». والمرسل أخرجه أبو دود (٢٠٩٧)، وفي «المراسيل» (٢٣٢) عن عكرمة.

(٨) أخرجه الطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ٣٧٠)، والدارقطني (٣٥٧٠) من طريق ابن أبي =



وجابرٌ[1] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ردَّ نكاحَ امرأةٍ زوَّجها أبوها وهي كَارِهةٌ»، ورُوِي: «أنها أتتِ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فخيَّرها»، ذكَره أبو داودَ[2].

ولأن لها أن تُطالِبَ الأبَ بالعقدِ إذا امْتَنَع فكان لها أن [3]تَمْتَنِعَ مِن[3] العقدِ إذا كَرِهتْه، أصلُه الثَّيِّبُ.

فإن قيل: لمَّا لم يَفْتَقِرْ نكاحُها إلى نُطْقِها مع القدْرةِ عليه لم يَفْتَقِرْ إلى رضاها كالصغيرةِ.

قيل له: الصغيرةُ لا يُعْتَبَرُ رضاها في سائرِ العقودِ كذلك في النكاحِ، [4]والبالغةُ يُعتبَرُ رضاها في سائرِ العقودِ، كذلك في النكاحِ[4]، أصلُه الثَّيِّبُ.

قال: وإذا استأْذَنها فسكَتَتْ أو ضَحِكَتْ، فذلك إذنٌ[5].

ذئب، عن نافع، عن ابن عمر. قال ابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٢٦٣): «لا يثبت عن ابن أبي ذئب، لم يسمعه من نافع، إنما سمعه من عمر بن حسين، وقد سُئل عن هذا الحديث أحمد فقال: باطل».

(١) أخرجه النسائي في «الكبرى» (٥٣٦٣)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٥٧٤٨)، والدارقطني (٣٥٥٨) عن عطاء عن جابر. وأخرجه النسائي في «الكبرى» (٥٣٦٤)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٥٧٤٩)، والدارقطني (٣٥٥٩) عن عطاء بن أبي رباح مرسلًا. وقد أنكر أحمد حديث جابر، وقال الدارقطني: «الصحيح أنه مرسل». ينظر: «التحقيق» لابن الجوزي (٢/ ٢٦٣)، و«نصب الراية» (٣/ ١٩١).

(٢) والتخيير إنما ورد في حديث ابن عباس المتقدِّم تخريجه عند أبي داود.

(٣-٣) في (أ٢، ظ، غ، ل): «تمنع من»، وفي (ح): «تمنع».

(٤-٤) ليس في (ج، ح، ش، ظ، ل).

(٥) قال بعده في حاشية (ح): «دال منها». وأشار أنها كذلك في نسخة.



وجملةُ ذلك أن العقدَ لا يَجوزُ عليها إلا برضاها، وذلك يُعْلَمُ بالقولِ أو بِفِعْلٍ يدُلُّ على الرضا، ألا ترى أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لبريرةَ لمَّا أُعْتِقَتْ: «إِنْ وَطِئَكَ زَوْجُكِ فَلَا خِيَارَ لَكِ»[1]. فجعَل تمكينَها زوجَها[2] دليلًا[3] على الرضا بالنكاحِ.

وقد كان القياسُ أن لا يكونَ سكوتُها رضًا؛ لأن الساكتَ قد يكونُ راضيًا وقد يكونُ ساخِطًا، فلا يَجوزُ إثباتُ الرضا بالشكِّ، وإنما تَرَكُوا القياسَ؛ لأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «البِكْرُ تُسْتَأْمَرُ[4] فِي نَفْسِهَا». فقيل له: إنها تَسْتَحِي[5]. فقال: «إِذْنُهَا صُماتُها، وَسُكُوتُهَا إِقْرَارُهَا»[6]. فأما الضَّحِكُ فإنه يدُلُّ على الرضا أكثرَ مِن دلالةِ السكوتِ.

قال أصحابُنا: والسكوتُ والضحكُ إنما يكونُ إذْنًا إذا كان المزوِّجُ لها الوَلِيَّ[7]، فإن كان غيرَ الوَلِيِّ لم يكُنِ الإذْنُ إلا بالقولِ؛ وذلك لأن غيرَ الوليِّ إنما يُزوِّجُ بالوكالةِ، والوكالةُ لا تَصِحُّ إلا بالنطقِ.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٣٦)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٤٣٨٥)، والدارقطني (٣٧٧٥) عن عائشة. وفي إسناده ابن إسحاق ولم يصرح فيه بالسماع. ينظر: «البدر المنير» (٧/ ٦٤٦).

(٢) بعده في (ي): «من الوطء».

(٣) في (أ، أ٢، ح، ظ، ع، غ، ل): «دليل».

(٤) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٣): «الاستئمار: طلب الأمر».

(٥) كذا في (أ٢، ر، ع، ي): «تستحيي» وهو الموافق لما عند البخاري، وفي (س): «لتستحي».

(٦) غريب بهذا اللفظ، وإنما أخرجه البخاري (٦٩٧١)، ومسلم (١٤٢٠) من حديث عائشة بدون ذكر الإقرار.

(٧) في (أ، ح، ظ، ع): «ولي»، وفي (ج، ش، ض، ل): «وليًّا».

وأما إذا استأذنها فبكَتْ فإنه لا يُزوِّجُها عند محمدٍ، وعن[١] أبي يوسفَ: أن البكاءَ رضًا منها[٢].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن البكاءَ يكونُ لشدَّةِ الحياءِ فأَشْبَه السكوتَ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن البكاءَ يدُلُّ على الكراهةِ[٣] فصار كالامْتناعِ.

قال: فإن أبتْ لم يُزَوِّجْها.

وهذا لما بيَّنَّا أنه لا يَجوزُ تزويجُها[٤] إلا برضاها، فإذا أبتْ[٥] دلَّ على فقدِ رضاها[٦]، فلم يَجُزْ تزويجُها.

قال: وإذا استأْذَن الثيِّبَ، فلا بُدَّ مِن رضاها بالقولِ.

وذلك لقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الثَّيِّبُ تُسْتَأْمَرُ في نَفْسِهَا»[٧]. والأَمْرُ إنما يكونُ بالقولِ، ولأنه لما اعْتُبِر رضاها في هذا العقدِ وجَب أن يكونَ بالقولِ، أصلُه عقدُ البيعِ، وكذلك القياسُ في البِكْرِ أيضًا، وإنما تركوا القياسَ فيها للخبَرِ.

(١) في (ج، ر، ش، ي): «عند».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٤٣)، وقد ذكر أن المعتمد في الفتوى التفصيل بين البكاء بصوت فليس بإذن، وبين البكاء بغير صوت فإنه يكون إذنًا لا ردًّا. ينظر: «الهداية» (١/ ١٩٢)، و«العناية» (٣/ ٢٦٦)، و«لسان الحكام» (ص٣١٨)، و«البحر الرائق» (٣/ ١٢١).

(٣) في (ظ، ي): «الكراهية».

(٤) في (ي): «أن يزوجها».

(٥) في (ش): «ثبت».

(٦) بعده في (ق، ل، ي): «بالقول».

(٧) أخرجه بهذا اللفظ أحمد (٧٤٠٤)، وأصله عند البخاري (٥١٣٦)، ومسلم (١٤١٩) من حديث أبي هريرة.

قال: وإذا زالتْ بكارتُها بوَثْبةٍ، أو حيضةٍ، أو جِراحةٍ فهي في حكْمِ الأبكارِ.

وقال (١بعضُ أصحابِ١) الشافعيِّ: هي في حكْمِ الثيِّبِ(٢).

لنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «البِكْرُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا». فقيل: إنها تَسْتَحِي. فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِذْنُهَا صُمَاتُهَا، وَسُكُوتُهَا إِقْرَارُهَا»(٣). فجعَل العلَّةَ في ذلك وجودَ الحياءِ، وهذا موجودٌ فيمَن زالتْ بكارتُها بالوَثْبةِ والحيضةِ.

قال: وإن زالتْ بزنًا فهي كذلك عند أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: تُزوَّجُ كما تُزوَّجُ الثيبُ(٤)، وهو قولُ الشافعيِّ(٥).

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن البكارةَ(٦) زالتْ بسببٍ لا يتعلَّقُ به أحكامُ النكاحِ فلا تكونُ في حكمِ الثيِّبِ، كما لو زالتْ بوَثْبةٍ.

وجْهُ قولِهما: أن وَطْأها يُزِيلُ الحياءَ الذي يتعلَّقُ(٧) به أحكامُ الأبكارِ، ويَجْعَلُها

(١-١) ليس في (س).

(٢) المسألة فيها وجهان عند الشافعية؛ قيل: حكمها كالثيب، وقيل: حكمها كالأبكار، وهو المعتمد. ينظر: «الحاوي» (٩/ ٦٨)، و«المهذب» (٢/ ٤٣١)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٤٤)، و«التهذيب» (٥/ ٢٥٦)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٥٤).

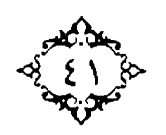
(٣) تقدَّم من حديث عائشة.

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٤٤)، و«الهداية» (١/ ١٩٢)، و«العناية» (٣/ ٢٧٠)، و«البناية» (٥/ ٨٧).

(٥) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٦٨)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٤٣)، و«بحر المذهب» (٩/ ٦٤)، و«التهذيب» (٥/ ٢٥٦) و«روضة الطالبين» (٧/ ٥٤).

(٦) بعده في (س): «إذا».

(٧) في (ي): «تتعلق».



في حكمِ الثيِّبِ؛ الدليلُ عليه: إذا وَطِئها بشبهةٍ أو بنكاحٍ[1].

والجوابُ: أنها إذا زنتْ مرةً لا يزولُ حياؤُها عندَ الوَلِيِّ، وإنما يَزُولُ عند الزانِي[2] لا سِيَّما إذا لم يتكرَّرِ الزنى منها، والمعتبَرُ وجودُ حياؤُها عندَ استئذانِ الوَلِيِّ لها، وذلك موجودٌ.

قال: وإذا قال الزوجُ: بلَغَكِ النكاحُ فسَكَتِّ[3]. وقالتْ: رَدَدْتُ[4]. فالقولُ قولُها، ولا يَمِينَ عليها.

وقال زفرُ: القولُ قولُ الزوجِ[5].

دليلُنا: أنه قد وُجِد هاهنا ظاهرٌ يدَّعِيه الزوجُ وهو السكوتُ، وظاهرٌ تدَّعِيه المرأةُ وهو بقاءُ مِلْكِها، فتقابل الظاهرانِ، والأصلُ أن المِلْكَ لم يَزُلْ فبَقِي على ما كان عليه.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن الأصلَ السكوتُ، فالزوجُ يدَّعِي الأصلَ وهي تدَّعِي أمرًا حادثًا فلا يُقبَلُ قولُها إلا بدليلٍ.

وأما قولُه: ولا يمينَ عليها. فهذا قولُ أبي حنيفةَ، وعندَه لا يُستَحْلَفُ في[6]

---

(١) بعده في (أ٢): «فاسد»، وكتب فوقه في (ع): «فاسد» بخط مغاير، ولم يصحَّح عليه.

(٢) في (ج، ر، س، ي): «الأجانب»، وفي (غ): «الزاني الأجانب»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «تبيين الحقائق» (٢/ ١٢٠).

(٣) في (أ٢، ج، ع، غ، م): «فسكتت». (٤) في (ح): «بل رددت».

(٥) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٤٣)، و«الهداية» (١/ ١٩٢)، و«العناية» (٣/ ٢٧٢)، و«البناية» (٥/ ٨٨).

(٦) في (أ٢): «على».

النكاحِ وحقوقِه[1]؛ مثلِ الرجعةِ، والفَيْءِ في الإيلاءِ، والنسَبِ، ولا في الرقِّ وحقوقِه، مثلِ الاستيلادِ والولاءِ، ولا في الحدودِ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُستَحْلَفُ في جميعِ ذلك إلا في الحدودِ[2]، وهو قولُ الشافعيِّ[3].

وهذا الاختلافُ بينَ أصحابِنا فرْعٌ على اختلافِهم في معْنى النُّكُولِ، فعند أبي حنيفة أنه قائمٌ [6]مقامَ البَذْلِ[4]، وليس بصريحِ بدَلٍ[5]، وعندَهما هو قائمٌ[6] مقامَ الإقرارِ[7].

---

(١) في (س): «حقوق».

(٢) ينظر: «الأصل» (٤/ ٣٩٧)، و«المبسوط» (٥/ ٥)، و«الهداية» (٣/ ١٥٦)، و«العناية» (٣/ ١٨١).

(٣) قال في حاشية (ح): «وزاد عليها فقال: يستحلف في حد القذف كما يأتي في كتاب الدعوى».
وينظر: «بحر المذهب» (١٤/ ١٨٢)، و«التهذيب» (٨/ ٢٤٥) و«روضة الطالبين» (١٢/ ٣٢).

(٤) قال في حاشية (ح): «البدل بفتح الدال المهملة هو الخلف عن الإقرار».
وفي (أ، أ٢، ج، ح، س، ض، ظ، غ، ل): «البدل»، وكذا في كل المواضع التالية، على اختلاف طفيف في بعض النسخ المذكورة، والمثبت هو الصواب، والكلام الآتي بعده يدل على ذلك، وهو قوله: «فإنه إذا التزمه يكون باذلًا أصله الواهب والموصي». قال السمرقندي في «تحفة الفقهاء» (٣/ ١٨٣): «النكول هو بذل وإباحة عند أبي حنيفة»، وقال الكاساني في «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٢٨): «والنكول بذل أو إقرار».
وتقدَّم التنبيه على مثل هذا في كتاب الشفعة عند قول المصنف: «فإن نكَل عن اليمينِ أو قامت للشفيعِ بيِّنةٌ...إلخ».

(٥) في (أ، أ٢، ج، ح، س، ض، ظ، غ، ل): «بدل»، وفي (ل): «يدل».

(٦-٦) ليس في (غ).

(٧) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٥٧)، و«العناية» (٨/ ١٧٧)، و«البناية» (١٠/ ١٣٢).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ في هذه المسألةِ: أن المدَّعَى عليه إذا كان بَرِيئًا مِن الدعوى فهو مخيَّرٌ بينَ إسقاطِها عن نفْسِه باليمينِ وبينَ التزامِها بالنكولِ[1]، ومَن خُيِّر بين إسقاطِ شيءٍ عن نفْسِه أو[2] التزامِه، فإنه إذا الْتَزَمه يكونُ باذلًا، أصلُه الواهِبُ والموْصِي، ولا يُشْبِهُ هذا الإقرارَ؛ لأن المقِرَّ ليس بمخيَّرٍ، ألا تَرى أنه إن كان صادِقًا لَزِمه الإقرارُ، وإن كان بَرِيئًا لم يَجُزْ له أن يُقِرَّ؛ لأنه كَذِبٌ.

وجْهُ قولِهما: أن النكولَ يثبُتُ حكمُه في حقِّ المأذونِ، والمكاتَبِ، والوكيلِ، وبذْلُ هؤلاءِ لا يَصِحُّ، فلما صحَّ منهم النكولُ دلَّ على أنه ليس ببَذْلٍ وأنه إقرارٌ؛ لأن إقرارَ هؤلاءِ[3] يَصِحُّ[4].

والجوابُ: أن عندَ أبي حنيفةَ ليس هو بصريحِ بذْلٍ، وإنما أُجْرِيَ مُجْراهُ، وهؤلاءِ يَصِحُّ منهم ما أُجْرِيَ مُجْرَى البذْلِ، الدليلُ عليه المحاباةُ.

وإذا ثبَت مِن أصلِ أبي حنيفةَ أنه في معْنى البذْلِ، وكان بذْلُ النكاحِ وحقوقِه، والرِّقِّ وحقوقِه لا يَصِحُّ، بدليلِ أنَّ استيفاءَها مع البذْلِ كاستيفائِها مِن غيرِ بذْلٍ في[5] الحكْمِ المتعلِّقِ بها، [6]لم يكن استيفاؤُها[6] بالنكولِ، وفائدةُ اليمينِ في حقِّ

(١) قال في حاشية (ح): «ادَّعى على امرأة نكاحًا فأراد الزوج يمينها على قولهما، فحلِّية دفع اليمين أن تتزوج بزوج، فلا يحلفها القاضي؛ لأنها إذا نكلت لا يقضى عليها؛ لأنها لو أقرت بعد ما تزوجت لا يصح إقرارها».

(٢) في (ض): «باليمين وبين»، وفي (ع، غ): «و».

(٣) بعده في (ج، ر، ش، غ): «لا». (٤) ليس في (ل).

(٥) في (ح، ي): «وفي».

(٦-٦) في (أ٢): «ما لم يكن لاستيفائها»، وفي (ح): «يملك استيفاءها»، وفي (ض): «فلم يكن لاستيفائها»، وفي (ل): «لم يلزمه استيفاؤها»، وفي (ي): « فلم يمكن استيفاؤها».

المدعِي النكولُ، فما لا يُسْتَوْفَى بالنكولِ لا[1] فائدةَ لليمينِ فيه، وما لا فائدةَ فيه لا تَصِحُّ المطالبةُ به.

وإذا ثبتَ مِن أصلِهما أن النكولَ قائمٌ مقامَ الإقرارِ، وكانت هذه المعاني يَجوزُ إثباتُها بما قام مقامَ الغيرِ كالشهادةِ على الشهادةِ جاز إثباتُها بالنكولِ، فيكونُ في اليمينِ فائدةٌ.

قال: وينعَقِدُ النكاحُ بلفظِ النكاحِ، والتزْوِيجِ، والتمْليكِ، والهبةِ، والصدَقةِ.

أما انعقادُه بلفظِ النكاحِ والتزويجِ، فلا خلافَ فيه، وأما انعقادُه بلفظِ الهبةِ والتمليكِ فهو قولُ أصحابِنا[2].

وقال الشافعيُّ: لا يَنْعَقِدُ[3].

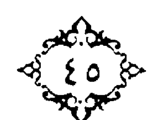
دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱمۡرَأَةً مُّؤۡمِنَةً إِن وَهَبَتۡ نَفۡسَهَا لِلنَّبِيِّ﴾ [الأحزاب: ٥٠]. فدَلَّ على جوازِ عقدِ النكاحِ للنبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ بلفظِ الهبةِ، وكلُّ لفظٍ جاز للنبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ أن يَعْقِدَ به النكاحَ جاز لغيرِه أيضًا أن يَعْقِدَ به النكاحَ، أصلُه لفظُ النكاحِ.

ولما رُوِي: «أن امرأةً جاءتْ إلى النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ، فقالتْ: جئتُ لأَهَبَ نفْسِي لكَ. ....

(١) في (ي): «فلا».

(٢) ينظر: «التجريد» (٩/ ٤٤٠٥)، و«المبسوط» (٥/ ٥٩)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٢٩)، و«الهداية» (١/ ١٨٥).

(٣) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٦٨)، و«الحاوي» (٩/ ١٥٦)، و«المهذب» (٢/ ٤٣٧)، و«بحر المذهب» (٩/ ١٥٠).



فنظَر إليها فصعَّد البَصَرَ[1] وصوَّبه[2]، ثم طأطأ رأسَه[3]، فقام رجلٌ مِن أصحابه فقال: يا رسولَ اللَّهِ، إنْ لم يكُنْ لكَ بها حاجةٌ فزوِّجْنيها. فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اذْهَبْ فَقَدْ مَلَّكْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ»[4]. ولأنه لفظٌ يتعلَّقُ به التمليكُ مِن غيرِ توقيتٍ، فجاز أن يَنْعَقِدَ به النكاحُ كلفظِ النكاحِ.

فإن قيل: كلُّ لفظٍ ينعقِدُ به غيرُ النكاحِ لا ينعقِدُ به النكاحُ كلفظِ الإجارةِ.

قيل له: الإجارةُ التوقيتُ شرْطٌ في صحتِها وهو مُبْطِلٌ للنكاحِ، والتأْبِيدُ مِن شرائطِ النكاحِ وهو يُفْسِدُ الإجارةَ، فلما شُرِط في كلِّ واحدٍ منهما ما يُفْسِدُ الآخَرَ أَفْسَد[5] أحدُهما ما يُصَحِّحُ الآخَرَ، فلم يَنْعَقِدْ أحدُهما باللفظِ الموضوعِ للآخَرِ[6].

قال: ولا يَنْعَقِدُ بلفظِ الإجارةِ والإباحةِ.

وذلك لأن النكاحَ يقتَضِي التمليكَ، ولفظُ الإباحةِ لا يُفِيدُ ذلك، وأما لفظُ

---

(١) في (أ، ش، ض، ونسخة مشار إليها بحاشية ح) «النظر». وهو الموافق لما في مصدري التخريج.

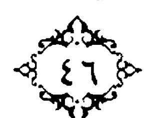
(٢) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٣): «صَعَّد النَّظر وصَوَّبه بتشديد العين المهملة، والواو: نظر إلى أعلى وأسفل». ينظر: «النهاية» (٣/ ٣٠).

(٣) أي: خفضه. ينظر: «فتح الباري» (١/ ١٤٩).

(٤) أخرجه البخاري (٥٠٣٠)، ومسلم (١٤٢٥) عن سهل بن سعد.

(٥) في (ع): «فسد».

(٦) قال في حاشية (ح): «قوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «واستحللتم فروجهن بكلمة اللَّه». قيل: هل كلمة لا إله إلا اللَّه؛ لأنه لولا إسلام الزوج لما حلت له وقيل: هي كلمة النكاح التي يستحل بها الفرج وهي اللفظة التي ينعقد بها النكاح وأشبه من هذه الأقوال أنها عبارة عن حكمه تعالى بحلِّية النكاح وجوازه وبيان شروطه، فإن حكم اللَّه تعالى كلامه المتوجه للمحكوم عليه على جهة الاقتضاء أو التخيير على ما قدَّمناه في الأصول شرح مسلم للقرطبي في الحج».



الإجارةِ وإن أفاد التمليكَ فإنه يُفِيدُ التوقيتَ، وذلك شرْطٌ يُفْسِدُ النكاحَ[1].

وقد قال بعضُ أصحابِنا بخُراسانَ: إنه لا يَنْعَقِدُ بلفظِ البيعِ[2].

وليس بصحيحٍ؛ [3]لأن لفظَ البيعِ[3] [4]يقتَضِي التمليكَ[4] مِن غيرِ توقيتٍ فهو كلفظِ النكاحِ.

قال: ويَجوزُ نكاحُ الصغيرِ والصغيرةِ إذا زوَّجهما[5] الوَلِيُّ بِكْرًا كانتْ أو ثَيِّبًا.

أما جوازُ العقدِ على الصغارِ خلافَ ما قاله ابنُ شُبْرُمَةَ[6]، فلقولِه تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾ [النور: ٣٢]. والأَيِّمُ هي المرأةُ التي لا زوْجَ لها صغيرةً كانت أو كبيرةً، ولأن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «تزوَّج عائشةَ وهي بنتُ ستِّ سنينَ، ودخَل بها وهي بنتُ تِسعِ سِنينَ»[7].

«وتزوَّج قُدامةُ بنُ مظْعُونٍ بنتَ الزُّبَيرِ يومَ وُلِدتْ، فقيل له في ذلك، فقال[8]:

---

(١) قال في حاشية (ح): «ولو جعلت المرأة أجرةً ينبغي أن يعقد إجماعًا؛ لأنه يفيد ملك الرقبة. زيلعي».

(٢) ينظر: «التجريد» (٥/ ٢٢٨٣) (٩/ ٤٤٠٥)، و«المبسوط» (٥/ ٦١، ٦٢)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٣٠، ١١٨)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٢٩- ٢٣٢).

(٣-٣) في (ح): «لأنه لفظ». وأشار في الحاشية أنه كالمثبت في نسخة.

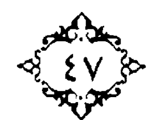
(٤-٤) في (ج، غ): «يقصد للتمليك»، وفي (ر): «يفيد التمليك».

(٥) في (أ، ع، غ): «زوجها».

(٦) حكاه عنه ابن حزم في «المحلى» (٩/ ٤٥٩): «لا يجوز إنكاح الأب ابنته الصغيرة إلا حتى تبلغ وتأذن».

(٧) أخرجه البخاري (٥١٣٣)، ومسلم (١٤٢٢) عن عائشة.

(٨) في (ج، غ): «قال».



إن مِتُّ فهي خيرُ وَرَثَتِي، وإنْ عِشْتُ فهي بنتُ الزُّبيرِ»[١].

وأما قولُه: بِكْرًا كانت أو ثَيِّبًا. فصحيحٌ، وعندَنا يَمْلِكُ الوَلِيُّ تزويجَ الثيِّبِ[٢] الصغيرةِ[٣].

وقال الشافعيُّ[٤]: لا يَجوزُ تزويجُها حتى تَبْلُغَ[٥].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾ وهو عامٌّ؛ ولأنها لا تَمْلِكُ التصرُّفَ في نفْسِها ولا في مالِها[٦] فملَك الوَلِيُّ تزويجَها كالبِكْرِ، والذي رُوِي أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الثَّيِّبُ تُسْتَأْمَرُ فِي نَفْسِهَا». فهو محمولٌ على الكبيرةِ بدليلِ أنه جمَع بينَها وبينَ البِكْرِ في اعتبارِ الإذْنِ وخالَف بينَهما في صفتِه، والبِكْرُ التي تُسْتَأْمَرُ في نفْسِها هي الكبيرةِ.

قال: والوَلِيُّ هو العصبةُ.

---

(١) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٧٦٢٧). وقد ذكره بلاغًا محمد بن الحسن في «الأصل» (١٠/ ١٨٦)، ووصله ابن حزم في «المحلى» (١٠/ ٢٦) من طريق (أبي عبيد، وسعيد بن منصور)، نا أبو معاوية الضرير، عن هشام بن عروة: «دخل الزبير على قدامة بن مظعون يعوده فبشر الزبير بجارية وهو عنده؟ فقال له قدامة: زوجنيها؟ فقال له الزبير: وما تصنع بجارية صغيرة وأنت على هذه الحال؟ فقال له قدامة: إن أنا عشت فابنة الزبير، وإن مت فأحق من ورثتني، قال عروة: فزوجها إياه».

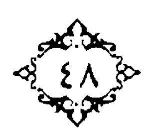
(٢) في (أ، أ٢، ج، ر، ض، ظ، غ، ل، ي): «البنت»، وكأنه رسمها بالوجهين في (ح).

(٣) في (س): «والصغيرة».

(٤) بعده في (ع): «لا يملك و».

(٥) ينظر: «الأم» (٥/ ١٩)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٦٥)، و«الحاوي» (٩/ ٦٦)، و«المهذب» (٢/ ٤٣٠).

(٦) في (س، ي): «ملكها».



وهذا صحيحٌ؛ أما الأبُ، والجدُّ أبُ الأبِ، فلا خلافَ في أنه يُزَوِّجُ الصِّغارَ[1]، واختلَفوا في غيرِهما مِن العصباتِ، فقال أصحابُنا: كلُّ مَن له تعصيبٌ، فله ولايةٌ في النكاحِ كالأخِ، والعَمِّ، وابنِ العَمِّ[2].

وقال الشافعيُّ: لا يُزَوِّجُ الصغارَ إلا الأبُ والجَدُّ[3].

دليلُنا: ما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زوَّج بنتَ حمزةَ مِن ابنِ أُمِّ سلمةَ[4] وكانت صغيرةً»[5]، وقد رُوِي مثلُ قولِنا عن عُمرَ، وابنِ مسعودٍ، وابنِ عُمرَ، وزيدِ [6]بنِ ثابتٍ[6]، وأمِّ سلمةَ، وعائشةَ، وابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، وقد رُوِي ذلك عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أيضًا[7]، ولأنه عصبةٌ له قولٌ صحيحٌ فجاز أن يَمْلِكَ تزويجَ الصغيرةِ[8] بالنسَبِ كالجَدِّ.

---

(١) في (أ٢، ر، س، ي، ونسخة مشار إليها بحاشية ج): «الصغير».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٥٠)، و«الهداية» (١/ ١٩٣).

(٣) ينظر: «الأم» (٥/ ٢١)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٦٥)، و«الحاوي» (٩/ ٦٩)، و«بحر المذهب» (٩/ ٦٦).

(٤) في (ي، ومصدر التخريج): «ابن أبي سلمة»، وفي (م): «ابن أم مكتوم»، وهو خطأ. ولا فرق بين المثبت وبين ما ورد في (ي، ومصدر التخريج) فابن أبي سلمة هو ابن أم سلمة.

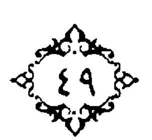
(٥) أخرجه البيهقي (٧/ ١٢١) عن ابن عباس. وقال البيهقي: «هذا إسناد ضعيف».

وأخرجه أبو داود في «المراسيل» (٣٦٦) عن ابن إسحاق، عن عبد الله بن أبي بكر وغيره: «أن رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زوج عمارة بنت حمزة سلمة بن أبي سلمة، ولم يدركا، فماتا فتوارثا».

(٦) من (أ٢، ج، ر، س، غ، ي).

(٧) ينظر: «مشكل الآثار» (١٤/ ٤٢١-٤٢٤)، و«أحكام القرآن» للجصاص (٢/ ٣٤٢)، و«الجوهر النقي» (٧/ ١٢١).

(٨) في (ح): «الصغير».



فإن قيل: غيرُ الأبِ والجَدِّ لا يَلِي في مالِها، فلا يَلِي في نكاحِها كالأجنبيِّ.

قيل له: المعْنى في الأجنبيِّ أنه لا يَمْلِكُ الاعتراضَ عليها بعْدَ البلوغِ في الكفاءةِ، فلم يَمْلِكِ التزويجَ قَبْلَه، والعَمُّ بخلافِ ذلك.

قال: فإن زوَّجهما[1] الأبُ و[2]الجَدُّ فلا خيارَ لهما.

يعْنِي: إذا بلَغا وهو استحسانٌ، والقياسُ أن يثبُتَ لهما الخيارُ.

ووجْهُ القياسِ: أن الصغيرةَ ملكَتْ نفْسَها بعد تمامِ العقدِ عليها، فثبَتَ[3]لها الخيارُ كالأَمَةِ إذا أُعْتِقَتْ[4].

وجْهُ الاستحسانِ: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يُخَيِّرْ عائشةَ عندَ بلوغِها، ولو كان الخيارُ حقًّا لها لأَعْلَمَها إيَّاه[5].

قال: وإن زوَّجهما غيرُ الأبِ والجَدِّ، فلكلِّ واحدٍ منهما الخيارُ إذا بلَغ؛ إن شاء أقام على النكاحِ، وإن شاء فسَخ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: لا خيارَ لهما[6].

وجْهُ قولِهما: أنَّ العَمَّ قد تصرَّف عليهما في المالِ وهو المهرُ، ولا ولايةَ

---

(1) في (غ، ل): «زوجها».

(2) في (ي): «أو».

(3) في (ش، ض، ظ، ي): «فيثبت».

(4) في (س): «عتقت».

(5) في (ي): «به».

(6) ينظر: «الهداية» (1/ 193)، و«العناية» (3/ 277)، و«البناية» (5/ 101).

له في المالِ فلم[1] ينْفُذْ تصرُّفُه فيه، ولا يُمْكِنُ إزالةُ تصرُّفِه في المالِ إلا بفسخِ العقدِ الذي أَوْجَب المالَ، فثبَت[2] لهما ذلك.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنه يَلِي عليهما في النكاحِ، والمهرُ تَبَعٌ بدليلِ أنه يَصِحُّ مع السكوتِ عنه، ولا يَفْسُدُ النكاحُ بفسادِه، وإذا وَلِي في المتبوعِ جاز أن يَلِي في التَّبَعِ.

قال: ولا ولايةَ لعبدٍ، ولا صغيرٍ، ولا مجنونٍ.

وذلك لأن كلَّ واحدٍ مِن هؤلاءِ لا يَلِي على نفْسِه، فلأنْ لا يَلِيَ على غيرِه أَوْلى.

قال: ولا لِكافرٍ[3] على مسلمةٍ[4].

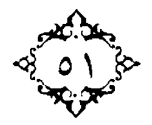
وذلك لأن الولايةَ تقتَضِي نفوذَ[5] قولِ الإنسانِ على غيرِه، والكافرُ لا ينفُذُ قولُه على المسلِمِ، الدليلُ عليه الشهادةُ.

قال: وقال أبو حنيفةَ: يَجوزُ لغيرِ العصباتِ مِن الأقاربِ التزويجُ.

وهذا الذي ذكَره مثلُ الأُمِّ، والأختِ، والخالِ، وهو روايةُ أبي يوسفَ، ومحمدٍ، عن أبي حنيفةَ، وروَى عنه الحسنُ بنُ زيادٍ: أنه لا يُزوِّجُ الصغيرةَ[6]

---

(١) في (ي): «فلا».
(٢) في (ي): «فيثبت».
(٣) في (أ، س، ل): «الكافر»، وفي (أ، غ): «كافر»، وفي (ر): «للكافر»، وفي (ع): «يلي الكافر».
(٤) في (ح، ي): «مسلم».
(٥) في (ي): «نفاذ».
(٦) في (ح، أ، أ٢، س، ض، ظ، ع، ل): «الصغير»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٤٠).



غيرُ العصبةِ، وهو قولُ أبي يوسفَ، ومحمدٍ[1]، والشافعيِّ[2].

وجْهُ الروايةِ الأُولى عن أبي حنيفةَ، وهو المشهورُ مِن قولِه: أنها قرابةٌ يتعلَّقُ بها الإرثُ[3]، فيتعلَّقُ بها ثبوتُ الولايةِ في النكاحِ، أصلُه قرابةُ العصبةِ.

وقد رُوِي عن عليٍّ[4]، وابنِ مسعودٍ مثلُ ذلك[5].

وجْهُ الروايةِ الأخرى: أنه شخصٌ لا تَعْصِيبَ له أو لا[6] يَعْتَرِضُ[7] في الكفاءةِ، فلا يكونُ له ولايةٌ في النكاحِ كالأجنبيِّ.

وقد قال أصحابُنا جميعًا: إذا عُدِم الوَلِيُّ فالولايةُ إلى الإمامِ أو الحاكِمِ؛ لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»[8]، ولأن التصرُّفَ في مصالحِ المسلمين إلى الإمامِ، والعقدُ على الصغيرةِ مِن[9] ذلك فكان إليه[10].

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٤٠)، و«الهداية» (١/ ١٩٤)، و«العناية» (٣/ ٢٨٥)، و«البناية» (٥/ ١٠١).

(٢) ينظر: «الأم» (٥/ ٢١)، و«المهذب» (٢/ ٤٢٧).

(٣) في (ع): «الإذن».

(٤) أخرجه سعيد بن منصور في «سننه» (٥٨٠)، وابن أبي شيبة (١٦٢٠١) عن أبي قيس الأودي، عمن حدثه، عن علي: «أنه أجاز نكاح امرأة بغير ولي، أنكحتها أمها برضاها».
وأخرج عبد الرزاق (١٠٤٧٩)، وابن أبي شيبة (١٦٢٠٥) عن هزيل: «أن امرأة زوجتها أمها وخالها، فأجاز علي نكاحها».

(٥) أخرجه محمد بن الحسن في «الحجة على أهل المدينة» (٣/ ١١٦).

(٦) في (ر، ش، ي): «ولا».

(٧) في (ح): «تعرُّض»، وفي (ل): «يعتبر».

(٨) تقدَّم من حديث عائشة.

(٩) بعده في (ي): «جملة».

(١٠) ينظر: «الهداية» (١/ ١٩٥)، و«العناية» (٣/ ٢٨٧)، و«البناية» (٥/ ١٠٢).

وقد ذكَر محمدٌ في «الأَصلِ» أن الحاكمَ إذا زوَّج الصغيرةَ فلها الخيارُ، وعن أبي حنيفةَ: أنه لا خيارَ لها[1].

وجْهُ روايةِ «الأصلِ»: أن ولايةَ العَمِّ أقوى مِن ولايةِ الحاكمِ بدليلِ أنه يُقدَّمُ عليه، فإذا ثبَت الخيارُ في تزويجِ العَمِّ فالحاكمُ أَوْلى.

وجْهُ الروايةِ الأخرى: أن الحاكمَ له ولايةٌ في المالِ فصار كالأبِ.

قال: ومَن لا وَلِيَّ لها إذا زوَّجها مولاها الذي أَعْتَقَها جاز.

وذلك لأنه عصبةٌ له قولٌ صحيحٌ فصار كالأبِ، وقد قال أبو حنيفةَ: إن لِمَولَى المُوالاةِ أن يُزَوِّجَ؛ لأنه عندَه وارثٌ وإن لم يكن له تَعْصِيبٌ. وعلى قولِهما: لا يُزوِّجُ؛ لأنه لا تعصيبَ له[2].

قال: وإذا غاب الوَلِيُّ الأقربُ غَيبةً منقَطِعةً جاز لِمَن هو أَبْعَدُ منه أن[3] يُزَوِّجَ[4].

والأصلُ في هذا أن الولايةَ في النكاحِ للأقربِ فالأقربِ، ويكونُ الأبعدُ مع الأقربِ بمنزلةِ الأجنبيِّ، وذلك أن الولاية إنِ استُحِقَّتْ بالتعصيبِ فالأبعدُ لا تعصيبَ له مع الأقربِ، وإن استُحِقَّتْ بالميراثِ فالأبعدُ لا يَرِثُ مع الأقربِ، وإذا ثبَت هذا قال أصحابُنا: إذا غاب الأقربُ غَيبةً منقَطِعةً جاز للأبعدِ أن يُزوِّجَ.

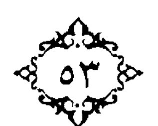
---

(١) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٢٠٨، ٢٠٩، ٢٦٠)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٢/ ٣٠٢)، و«عيون المسائل» (ص١٨٥)، و«المبسوط» (٤/ ٢١٥).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٥٢).

(٣) ليس في (أ، ض).

(٤) في (ي): «يزوجها».



وقال زفرُ: لا يَجوزُ[١] والولايةُ للأقربِ[١]، وقال الشافعيُّ: يُزوِّجُها السلطانُ[٢].

وجْهُ قولِ أصحابِنا: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «السُّلْطَانُ وَلِيُّ مَنْ لَا وَلِيَّ لَهُ»[٣]. وهذه لها وَلِيٌّ بالاتِّفاقِ فلا تثْبُتُ ولايةُ السُّلْطانِ عليها.

وعلى قولِ زفرَ: أن في تأْخِيرِ النكاحِ إلى قدومِ الغائبِ، أو إلى اعتبارِ إذْنِه ضررًا على الصغيرةِ، ألا تَرى أنه لا يَتَّفِقُ الكفْؤُ في كلِّ زمانٍ، والولايةُ إذا كان في اعتبارِها ضررٌ سقطَتْ، أصلُه إذا جُنَّ الوَلِيُّ الأقربُ، وإذا سقَطَتْ ولايتُه جاز لِمَن بعْدَه[٤] أن يُزَوِّجَ، كما لو جُنَّ الأقربُ أو مات.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن ولايةَ الأقربِ باقيةٌ مع غَيبتِه بدليلِ أنه لو زوَّج جاز، وإذا كانتْ ولايتُه باقيةً لم يَجُزْ للأبعدِ أن يُزوِّجَ كما لو كان حاضِرًا.

والجوابُ: أن ولايتَه إنما تسقُطُ لأجلِ الضررِ الذي يكونُ بانتظارِه، فإذا زوَّج فقد زال الضررُ فعادتِ الولايةُ.

قال: والغَيبةُ المنْقَطِعةُ أن يكونَ في بلدٍ لا تَصِلُ إليه القوافِلُ في السَّنَةِ إلا مرَّةً واحدةً.

(١-١) ليس في (ش، ض، ل)، وفي (س، ع، ي): «فالولاية».

وينظر: «المبسوط» (٤/ ٢٢٠)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٥٠)، و«الهداية» (١/ ١٩٥)، و«العناية» (٣/ ٢٨٨).

(٢) ينظر: «الأم» (٥/ ١٥) و«الحاوي» (٩/ ١١٠)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ١٠٠)، و«بحر المذهب» (٩/ ١١٨).

(٣) تقدَّم من حديث عائشة.

(٤) في (أ): «بعُد»، وفي (ض): «هو أبعد»، وفي (ي): «أبعد منه».

وهذا الذي ذكَره هو الصحيحُ، وذكَره ابنُ شجاعٍ، وقد رُوِي أن محمدًا سُئِل عن ذلك وهو بالرَّقَّةِ فقال[1]: مثلُ مِن هاهنا إلى البصرةِ، ورُوِي عنه أيضًا: مثل ما بينَ الكوفةِ والرَّيِّ[2]، وعن أبي يوسفَ: ما بين بغدادَ والرَّيِّ[3].

والصحيحُ ما ذكَره ابنُ شجاعٍ؛ وذلك لأن الخاطبَ لا يَنْتَظِرُ إذنَ الوَلِيِّ المدَّةَ الطويلةَ؛ لأنه لا يَعْلَمُ يأْذَنُ[4] أم لا، وقد يَنْتَظِرُ المدَّةَ اليسيرةَ، فجعَلوا الحدَّ الفاصِلَ بينَهما سنةً؛ لأن الظاهرَ مِن الخاطبِ أنه لا يَنْتَظِرُ هذه المدَّةَ، وجعَلوا هذه المدَّةَ لطولِها[5] بمنزلةِ المنقَطِعِ إذْنُه، فنقَلوا[6] الولايةَ عنه لذلك.

قال: والكفاءَةُ في النكاحِ مُعْتبرةٌ[7].

(١) هنا يبدأ خرم في النسخة (ر).

والرقة: الأرض اللينة التراب، وأصله كل أرض إلى جنب واد ينبسط عليها الماء، وهي مدينة مشهورة على الفرات، بينها وبين حرّان ثلاثة أيّام، معدودة في بلاد الجزيرة؛ لأنّها من جانب الفرات الشرقي، طول الرّقّة أربع وستون درجة، وعرضها ست وثلاثون درجة، في الإقليم الرابع، ويقال لها الرقة البيضاء. ينظر: «معجم البلدان» (٣/ ٥٨، ٥٩)، و«معجم ما استعجم» (٢/ ٦٦٦).

(٢) الري: مدينة تقع في جنوب مدينة طهران بإيران، وهي مدينة مشهورة من أمّهات البلاد وأعلام المدن، كثيرة الفواكه والخيرات، وهي محطّ الحاجّ على طريق السابلة وقصبة بلاد الجبال، بينها وبين نيسابور مئة وستون فرسخًا، وإلى قزوين سبعة وعشرون فرسخًا، ومن قزوين إلى أبهر اثنا عشر فرسخًا، ومن أبهر إلى زنجان خمسة عشر فرسخًا. ينظر: «معجم البلدان» (٣/ ١١٦).

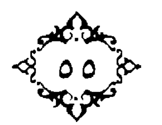
(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٥١)، و«البناية» (٥/ ١٠٤).

(٤) بعده في (ح، ظ): «الولي».

(٥) في (أ٢، ج، غ، ي): «الطويلة».

(٦) في (س): «فنقلوه».

(٧) قال في حاشية (ح): «والكفاءة تعتبر عند ابتداء العقد وزوالها بعد ذلك لا يضر، ولا يوجب =



وهذا الذي ذكَره لا خلافَ فيه بينَ أصحابِنا، وحُكِي عن الشيخِ أبي الحسنِ أنها غيرُ مُعتبرةٍ[1]، وهو قولُ مالكٍ[2].

لنا: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قُرَيْشٌ بَعْضُهَا أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ، [3]والعَرَبُ بَعْضُهَا أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ[3]، [4]والموالِي بَعْضُهَا أَكْفَاءُ لِبَعْضٍ[4]، حَيٌّ بِحَيٍّ، وقَبِيلَةٌ بِقَبِيلَةٍ»[5].

الخيار كالمبيع إذا تعيب عند المشتري. زيلعي».

(١) ينظر: «المبسوط» (٥/ ٢٤)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣١٧)، و«البناية» (٥/ ١٠٧).

(٢) اعتبار الكفاءة في الدين محل اتفاق بين العلماء، قال ابن رشد في «بداية المجتهد» (٣/ ٤٢): «فأما الكفاءة فإنهم اتفقوا على أن الدِّين معتبر في ذلك، إلا ما روي عن محمد بن الحسن من إسقاط اعتبار الدِّين».

ونقل جماعةٌ من العلماء عن الإمام مالك اعتبارُ الكفاءة في الدِّين فقط، منهم الماوردي في «الحاوي» (٩/ ١٠١)، والروياني في «بحر المذهب» (٩/ ٩٩)، وابن قدامة في «المغني» (٧/ ٣٥).

والمعتمد في مذهب المالكية: أن الكفاءة تعتبر بالدِّين والحرية والحال، وهو السلامة من العيوب الموجبة للخيار. ينظر: «القوانين الفقهية» (ص١٣٢)، و«الشرح الكبير» (٢/ ٢٤٩)، و«مواهب الجليل» (٣/ ٤٦٠)، و«منح الجليل» (٣/ ٣٢٣).

(٣-٣) ليس في (أ٢، غ).

(٤-٤) ليس في (ع).

(٥) أخرجه الحاكم، كما في «نصب الراية» (٣/ ١٩٨)، والبيهقي (٧/ ١٣٤) من طريق شجاع ابن الوليد، ثنا بعض إخواننا، عن ابن جريج، عن ابن أبى مليكة، عن ابن عمر به، دون ذكر «قريش»، وزاد في آخره «إلا حائك أو حجام». قال أبو حاتم: «كذب لا أصل له». وقال ابن عبد البر: «حديث منكر موضوع». وقال البيهقي: «هذا منقطع بين شجاع، وابن جريج، حيث لم يسم شجاع بعض أصحابه». وقال: «ضعيف بمرة». ينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٢٣٦، ١٢٦٧)، و«التمهيد» (١٩/ ١٦٥)، «والعلل المتناهية» (١٠١٩).

وروى جابرٌ: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ (٥قال: «لَا تُنْكَحُ(١) النِّسَاءُ إِلَّا مِنَ الأَكْفَاءِ»(٢).

وفي حديثِ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال له: «ثَلَاثٌ لَا يُؤَخَّرْنَ(٣)؛ الأَيِّمُ إِذَا وَجَدَتْ لَهَا كُفْؤًا»(٤).

والذي رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه٥) قال: «لَيْسَ لِعَرَبِيٍّ عَلَى عَجَمِيٍّ فَضْلٌ إِلَّا بِالتَّقْوَى»(٦). فإنما أراد به في أحكامِ الآخرةِ.

واحتجَّ أبو الحسنِ بأن الكفاءةَ في الدماءِ غيرُ مُعتبرةٍ، وقد اعْتُبِر فيها الاحتياطُ، فلأنْ لا يُعْتبَرَ في النكاحِ أَوْلى.

والجوابُ: أن الدماءَ لا تُعْتَبَرُ فيها الكفاءةُ في الدِّينِ بدليلِ أنه يُقْتَلُ المسلِمُ بالذِّمِّيِّ، وذلك مُعْتَبَرٌ في النكاحِ بالإجماعِ فاختلَفا.

---

(١) في (ل): «ينكح».

(٢) أخرجه أبو يعلى (٢٠٩٤)، والطبراني في «الأوسط» (٣)، والدارقطني (٣٦٠١). قال الطبراني: «لم يرو هذا الحديث عن عمرو إلا الحجاج، تفرَّد به مبشر بن عبيد». وقال الدارقطني عن مبشر: «متروك الحديث، أحاديثه لا يتابع عليها».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص٢١٣): «الأكفاء: جمع كفء، وهو النظير والمساوي».

(٣) في (ي): «يؤخرون».

(٤) أخرجه الترمذي (١٧١، ١٠٧٥). وقال: «حديث غريب، وما أرى إسناده بمتصل».

(٥-٥) ما بين القوسين ليس في (س).

(٦) أخرجه أحمد (٢٣٤٨٩) عن أبي نضرة حدثني من سمع خطبة رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في وسط أيام التشريق...» الحديث. قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٣/ ٢٦٦): «رجاله رجال الصحيح».



قال: وإذا تزوَّجتِ المرأةُ غيرَ[1] كفْءٍ فَلِلأولياءِ أن[2] يُفَرِّقُوا بينَهما.

وذلك لأنها عقدتْ عقدًا أَلْحَقَتْ بهم الشَّيْنَ والضررَ[3]، فكان لهم دفْعُ[4] ذلك عن أنفسِهم، ولا يُمْكِنُ[5] ذلك إلا بالتفريقِ، والذي يؤكِّدُ ذلك ما رُوِي عن عمرَ رَضِيَٱللَّهُعَنْهُ أنه قال: «لَأَمْنَعَنَّ النِّسَاءَ ذواتَ الأَحْسَابِ فُرُوجَهُنَّ[6] إِلَّا مِنَ الأَكْفَاءِ»[7].

وقد قال أصحابُنا: إن هذه الفُرقةَ لا تكونُ إلا عندَ الحاكِمِ؛ لأن التفريقَ يتعلَّقُ بشرْطٍ لا يُقْبَلُ[8] فيه[9] الدَّعْوى فوقَف على نظَرِ الحاكِمِ، فإن ثبَت عندَه فرَّق لأَجْلِه[10].

وقد قال أبو حنيفةَ: إذا زوَّجها أحدُ[11] الأولياءِ.................................

(١) في (ح): «من غير»، وفي (ظ، ي): «بغير».

(٢) في (ي): «الاعتراض عليها أي».

(٣) بعده في (ح): «والعار».

(٤) في (أ، ع، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «رفع».

(٥) في (ي): «يمكنهم».

(٦) في (ج، س): «تزويجهن»، وفي (ح، ش): «تزوجهن»، وفي (ي): «أن يزوجن»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في مصادر التخريج.

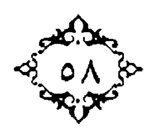
(٧) أخرجه عبد الرزاق (١٠٣٢٤)، وابن أبي شيبة (١٧٩٩٨) عن إبراهيم بن محمد بن طلحة قال: قال عمر بن الخطاب: «لأمنعن فروج ذوات الأحساب إلا من الأكفاء»

(٨) في (أ٢، ل): «يفيد»، وفي (ي): «تقبل».

(٩) في (ي): «مجرد».

(١٠) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٢٠٥)، و«المبسوط» (٥/ ٢٦)، و«البناية» (٥/ ١٠٩).

(١١) في (ي): «بعض».



(١مِن غيرِ كفْءٍ١) لم يكن للباقِينَ الاعْتِراضُ(٢).

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لهم ذلك(٣)، وبه قال (٤بعضُ أصحابِ٤) الشافعيِّ، وقال بعضُهم: العقدُ فاسدٌ(٥).

أما الدليلُ على صحةِ العقدِ: فلأنَّ العقدَ وقَع برضا المالِكِ المعقودَ عليه، (٦فما يَلْحَقُ غيرَه مِن الضررِ لا يُوجِبُ٦) فسادَ العقدِ، كمَن باع نصيبَه مِن دارٍ على غيرِ شريكِه(٧).

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ في أنه لا اعتراضَ للباقِينَ: هو أن الاعتراضَ يثْبُتُ(٨) للأولياءِ لِما يَلْحَقُهم مِن الشَّيْنِ، وهذا معْنًى لا يتبعَّضُ، فإذا ثبَت لجماعةٍ،

(١-١) في (ي): «بغير كفء برضاها».

(٢) قال في حاشية (ح): «ولو زوجها الأولياء من غير كفء برضاها يلزم النكاح، ولو زوجها أحد الأولياء من غير كفء برضاها من غير رضا الباقين يجوز عند عامة العلماء خلافًا لمالك، وهل يلزم؟ قال أبو حنيفة، ومحمد: يلزم. وقال أبو يوسف، والشافعي، وزفر: لا يلزم. بدائع».

(٣) ينظر: «التجريد» (٩/ ٤٣٩٠)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣١٨)، و«اللباب في شرح الكتاب» (٣/ ١٣).

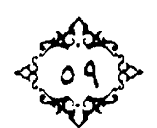
(٤-٤) ليس في (س).

(٥) هو نص الشافعي في بعض كتبه، ونقل عنه صحة النكاح ولبقية الأولياء الاعتراض، وهو المعتمد. ينظر: «الأم» (٥/ ١٦)، و«الحاوي» (٩/ ٩٩)، و«المهذب» (٢/ ٤٣٢)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٩٧)، و«بحر المذهب» (٩/ ٩٧).

(٦-٦) في (ي): «فأشبه غيره من العقودات»، وأشار في الحاشية أنه كالمثبت في نسخة.

(٧) في (ي): «ملكه».

(٨) في (أ، ح، ظ، ع، غ): «ثبت».



فأَسْقَط بعضُهم حقَّه سقَط حقُّ الجميعِ[1] كالقِصاصِ.

وجْهُ قولِهما: أن الاعتراضَ حقٌّ لجماعتِهم، فإذا رَضِي أحدُهم فقد أَسْقَط حقَّه وبَقِي حقُّ الباقِينَ، كالدَّيْنِ المشتَرَكِ إذا أَبْرَأ منه بعضَهم، وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن هذا يُتصوَّرُ فيما يتبعَّضُ، فأما ما لا يتبعَّضُ، فلا يَصِحُّ أن يثْبُتَ حقُّ بعضِهم فيه دُونَ بعضٍ.

قال: والكفاءةُ تُعْتَبَرُ في النَّسَبِ، والدِّينِ، والمالِ، وهو أن يكونَ مالِكًا للمَهْرِ والنفقةِ[2].

أما اعتبارُ النسَبِ فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «قُرَيْشٌ بَعْضُهَا أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ، والعَرَبُ بَعْضُهَا أَكْفَاءٌ لِبَعْضٍ؛ حَيٌّ بِحَيٍّ وَقَبِيلَةٌ بقبيلةٍ»[3].

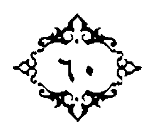
وقد قال أصحابُنا: إن قريشًا بعضُها[4] أَكْفَاءٌ لبعضٍ أَدْناها لأَعْلَاها، قال محمدٌ:

(١) في (ي): «الباقين».

(٢) قال في حاشية (ح): «ولو أظهر رجل نسبه لامرأة فزوجت نفسها منه، ثم ظهر نسبه على خلاف ما أظهره، فالأمر لا يخلو إما أن يكون المكتوم مثل المظهر، وإما أن يكون أعلى منه، وإما أن يكون أدون، فإن كان مثله بأن أظهر أنه تيمي، ثم ظهر أنه عدوي فلا خيار لها، وإن كان أعلى منه بأن أظهر أنه عربي، ثم ظهر أنه قرشي فلا خيار لها أيضًا، وإن كان أدون منه بأن أظهر أنه قرشي، ثم ظهر أنه عربي فلها الخيار. وأما إذا فعلت المرأة بأن أظهرت امرأة نسبها لرجل فتزوجها، ثم ظهر بخلاف ما أظهرت فلا خيار للزوج، سواء تبين أنها حرة أو أمة؛ لأن الكفاءة في جانب النساء غير معتبرة. بدائع. حكى العمادي في الفصل، عن القاضي ظهير الدين أن الكفاءة في النساء غير معتبرة عندح خلافًا لهما».

(٣) تقدَّم.

(٤) في (ي): «بعضهم».



إلا أن يكونَ أَمْرًا[1] مشهورًا فيها، مثلُ البيتِ الذي فيه الخلافةُ[2].

وأما اعتبارُ الدِّينِ فهو قولُ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ: الفِسْقُ المُسْتَسَرُّ[3] به لا يُؤَثِّرُ.

وقال محمدٌ: الدِّينُ غيرُ مُعْتَبَرٍ إلا أن يكونَ امرأً مُسْتَخِفًّا[4]؛ كمَن يَسْكَرُ ويَمْشِي في الأسواقِ[5] فيُسْخَرُ منه[6].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «تُنْكَحُ المَرْأَةُ لِمَالِهَا، وجَمَالِها، وَدِينِهَا؛ فَعَلَيْكَ بِذَاتِ الدِّينِ تَرِبتْ يَدَاكَ»[7]. ولأنَّ المرأةَ يَلْحَقُها شَيْنٌ بفِسْقِ الزوجِ أكثرَ مِمَّا يَلْحَقُها بنقصانِ نَسَبِه، وإذا منَع نقْصُ النسَبِ مِن

(١) في (ج، ض، ع، ل، ي): «أميرًا».

(٢) في (س): «خلافة».

وينظر: «المبسوط» (٥/ ٢٤)، و«المحيط النعماني» (٣/ ٢١)، و«العناية» (٣/ ٢٩٧).

(٣) في (أ٢، ش، ي): «المستتر»، وفي (غ): «المستر».

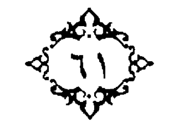
(٤) في (أ٢): «مستخفيًا»، وفي (أ، س، ض، ظ، ع، غ، ل): «مستحقًّا»، وبعده في (ي): «به».

(٥) من هنا يبدأ خرم في النسخة (ل)، ينتهي عند قول المصنف: «البيع، وأما جوازه مع عدم التسمية..». تحت قول الماتن: «ويَصِحُّ النكاحُ إذا سمَّى فيه مهرًا..».

(٦) ينظر: «الهداية» (١/ ١٩٦)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣٢٠)، و«العناية» (٣/ ٢٩٩) و«البناية» (٥/ ١١٤)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ١٣٠).

(٧) أخرجه بهذا اللفظ مسلم (٧١٥) عن جابر. وقد أخرجه بنحوه البخاري (٥٠٩٠)، ومسلم (١٤٦٦) من حديث أبي هريرة.

وقوله: «تربت يداك». أي: افتقَرَت مِن حَدِّ عَلِمَ، وهذا دُعَاءٌ لا يُرَادُ به وُقُوعُهُ، وقيلَ هو على القلبِ، وقيل: هو على الشَّرطِ، يعني: افتقَرَت يَدَاكَ، أي: إن لَم تَفعَل ما أمَرتُكَ بِهِ وأَترَبَ يُترِبُ إترَابًا، أي: استَغنَى وهو ضِدُّ تَرِبَ. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص٤٣).



الكفاءةِ فالفِسْقُ أولى.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الفِسْقَ إذا لم يَظْهَرْ لا يَلْحَقُ به شَيْنٌ، وإذا ظهَر تعلَّق به الشَّيْنُ، فأثَّر في الكفاءَةِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الأميرَ[1] النَّسِيبَ[2] كُفْءٌ للمرأةِ الدَّيِّنَةِ[3]، وإن كان لا يُبالِي ما[4] فعَل، ولا يَلْحَقُها شَيْنٌ[5]، فأمَّا إذا صارَ مُسْتَخِفًّا[6] لَحِق[7] به الشَّيْنُ[8] فأثَّر في الكفاءَةِ[9].

وأما اعتبارُ المالِ فلأنه مقصودٌ بالعقدِ، بدليلِ قولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تُنْكَحُ المَرْأَةُ لِمَالِهَا وَجَمَالِهَا». ولأن عدمَ المالِ يُؤَثِّرُ أكثرَ مِن تأثيرِ عدَمِ النَّسَبِ، فكان تأْثِيرُه في الكفاءَةِ آكَدُ.

وأما قولُه: وهو أن يكونَ مالكًا للمَهْرِ والنفقةِ. فلأنَّ المقصودَ بالعقدِ هو ذلك، فاعْتُبِر دُونَ الزيادةِ عليه.

---

(١) هنا ينتهي الخرم المشار إليه في النسخة (ر) آنفًا.

(٢) في (ج): «ذو النسب»، وفي (ر، س، ي): «ذا النسب».

(٣) في (أ، ع): «الدنية».

(٤) في (ح، ظ، ي): «بما».

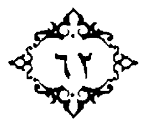
(٥) في (ظ): «شيء».

(٦) في (أ٢): «مستخفيًا»، وفي (أ، ر، س، ض، ظ، ع، غ): «مستحقًّا».

(٧) في (ي): «لحقها».

(٨) في (ظ): «الشيء».

(٩) قال في حاشية (ح): «وقيل: إن كان ذا جاه كالسلطان والعالم يكون كفؤًا وإن لم يملك إلا النفقة. بدائع».



قال: وتُعْتَبَرُ في الصَّنائِعِ.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ لا[(١)] يكونُ الحائِكُ كفؤًا للبزَّازِ[(٢)]، وعن أبي حنيفةَ: أنه لا يُعْتَبَرُ[(٣)].

ولا خلافَ بين أصحابِنا في ذلك في الحقيقةِ؛ لأن أبا حنيفةَ أجاب في ذلك على عادةِ العَرَبِ أن مواليَهم يَعْمَلُون الأعمالَ، ولا يَقْصِدُون بها الحِرَفَ، ولا يُعَيَّرُون[(٤)] بها.

وأجاب أبو يوسفَ على عادةِ أهلِ البلادِ يتَّخِذُون ذلك حِرْفةً، ويُعَيَّرُونَ[(٤)] بالدَّنِيءِ مِن الصنائعِ، فلا يكونُ ذلك بينَهم خلافًا في الحقيقةِ[(٥)].

وقد قال أصحابُنا: إن مَن له أبٌ واحدٌ في الإسلامِ لا يكون كُفْؤًا لِمَن له أبوانِ[(٦)].

---

(١) في (ي): «فلا».

(٢) حاك الرجلُ الثوب حوكًا، أي: نسَجه، والحِياكةُ الصناعةُ، فهو حائك، والجمع حاكة وحَوَكة. وأما البَزُّ: فهو نوع من الثياب، وقيل: ثياب خاصة مِن أمتعة البيت، وقيل: أمتعة التاجر مِن الثياب، ورجل بزَّازٌ، والحِرفة البِزازة. ينظر: «مختار الصحاح» (ص٨٤)، و«المصباح المنير» (١/ ٤٧، ١٥٧).

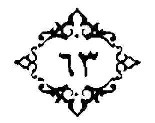
(٣) بعده في (ر، س، ي): «ذلك».

وينظر: «المبسوط» (٥/ ٢٥)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣٢٠)، و«الهداية» (١/ ١٩٦)، و«العناية» (٣/ ٣٠١).

(٤) في (ع): «يعتدُّون».

(٥) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٢٠)، و«البحر الرائق» (٣/ ١٤٣)، و«رد المحتار على الدر المختار» (٣/ ٩٠).

(٦) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٣١٩)، و«الهداية» (١/ ١٩٦)، و«العناية» (٣/ ٢٩٨).



وقال الشافعيُّ: يكون كُفْؤًا[1].

وهذا لا يَصِحُّ: لأن مَن أَسْلَم بنفْسِه يقال: له مُسْلِمانِيٌّ[2]، ويُقال لابنِه: ابنُ المسْلِمانِيِّ. فيَعِيبُونه[3] لتأخيره[4] عن الإسلامِ، والمرْجِعُ في الكفاءةِ إلى العادةِ بدلالةِ نقصانِ المالِ وقصورِ النسَبِ.

قال: وإذا تزوَّجتِ المرأةُ ونقَصتْ مِن مهرِها فللأَوْلياءِ الاعْتِراضُ عليها عندَ أبي حنيفةَ حتى يُتِمَّ لها مَهْرَ مِثْلِها أو يُفارِقَها.

وهذا الذي ذكَره قولُ زفرَ أيضًا، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ[5]: ليس لهم الاعتراضُ عليها[6].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، وزفرَ: أنَّ في نقصانِ المهْرِ إلحاق[7] الشَّيْنِ بالأولياءِ وضررًا[8] على نسائها، وهو أن المدَّةَ إذا تطاوَلَتْ لا يُعْلَمُ أن ذلك نقصانٌ فيُعْتَبرُ

---

(١) ينظر: «الحاوي» (٩/ ١٠٢)، و«بحر المذهب» (٩/ ١٠٠)، و«التهذيب» (٥/ ٢٩٨)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٨١).

(٢) العرب تُسمِّي العجميَّ إذا أسلم المسلمانيَّ. ينظر: «العقد الفريد» (٧/ ١٤٠)، و«طبائع النساء» (ص٩٧).

(٣) في (أ، أ٢، ج، ض): «فيعيرونه»، وضبطها في (س): «فيُعيِّبُون».

(٤) في (ش، ض): «لتأخره».

(٥) ليس في: (ج، ع، غ، ي)، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في مصادر التخريج.

(٦) ينظر: «الهداية» (١/ ١٩٦)، و«العناية» (٣/ ٣٠٢)، و«البناية» (٥/ ١١٨).

(٧) من هنا يبدأ خرم في النسخة (ج). وينتهي في أول كتاب العتق عند قول الماتن: «وإن لم ينو لم يعتق وكذلك كنايات العتق».

(٨) في (ي): «وإدخال الضرر».

مهورُ نسائِها به، وفي تَرْكِ الكفاءَةِ إلحاقُ الشَّيْنِ وحدَه، فإذا ثبَت لهم الاعتراضُ إذا ترَكَ الكفاءَةَ، فلأن يثبُتَ لهم الاعتراضُ للشَّيْنِ[1] والضررِ أَوْلى.

وجْهُ قولِهما: أن المهرَ حقٌّ لها تَنْفَرِدُ به فكان لها النقصانُ منه كالثمَنِ في البيعِ.

قال: وإذا زوَّج الأبُ بِنْتَه[2] ونقَص مِن مهرِها، أو ابنَه[2] وزاد في مهْرِ امرأتِه جاز ذلك عليهما، ولا يَجوزُ ذلك لغيرِ الأبِ والجَدِّ.

هذا الذي ذكَره قولُ زفرَ أيضًا، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَجوزُ ذلك، واختُلِف في قولِهما هل يَجوزُ العقدُ أمْ لا يَجوزُ[3].

وقال الشافعيُّ: العقدُ جائزٌ والتسميةُ لا تَصِحُّ، فيَجِبُ للصغيرةِ مهْرُ مثلِها، ويسقُطُ ما زاد على مهْرِ امرأةِ الصغيرِ[4].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زوَّج فاطمةَ عَلِيًّا بأربعمئةِ درهمٍ»[5]، ونحنُ نَعْلَمُ قطْعًا أن مهْرَ مثلِها أكثرُ مِن ذلك؛ لأن المعانيَ الموجِبةَ

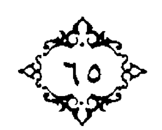
(١) في (ي): «لدفع الشين».

(٢) بعده في (نسخة مختصر القدوري)، و«التجريد» (٩/ ٤٣٩٤)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٢): «الصغير».

(٣) لم نهتد إلى قول زفر. وينظر: «الهداية» (١/ ١٩٧)، و«العناية» (٣/ ٣٠٣)، و«البناية» (٥/ ١١٩)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ١٣١).

(٤) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٥٠٠)، و«بحر المذهب» (٩/ ٤٧٩)، و«التهذيب» (٥/ ٢٦٥)، و«كفاية النبيه» (١٣/ ٢٣٢)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٢٧٤).

(٥) أخرجه الحاكم، كما في «إتحاف الخيرة» (٣٢٧١/ ٧)، ومن طريقه البيهقي (٧/ ٢٣٤) عن علي. وأخرجه بنحوه أبو يعلى (٥٠٣) من طريق مجاهد، عن علي، وفيه إرسال مجاهد لم يسمع من علي. وينظر: «مجمع الزوائد» (٤/ ٣٢٧).



لزيادةِ المهْر كانت مجتمِعةً لها، فلما زوَّجها بذلك دلَّ على أن للأبِ أن يَنْقُصَ مِن المهْرِ، وقد «تزوَّج عمرُ بنتَها أُمَّ كُلْثُومٍ[1] بأربعينَ ألفًا»[2]، وأُمُّهَا أشرفُ منها فدَلَّ على ما قُلْناه.

ولأن المقصودَ بالنكاحِ الوُصْلَةُ، وشرَفُ الزوجِ وحُسْنُ أخلاقِه دُونَ المالِ، والأبُ لا يُتَّهَمُ في حقِّها فالظاهرُ أنه حصَل لها مِن مقاصدِ العقدِ أكثرُ مِمَّا فوَّت عليها مِن المهْرِ، ولا يُشْبِهُ [3]الأبَ العَمُّ[3] لأنه مُتَّهَمٌ عليها، ولا يُشْبِهُ هذا إذا باع الأبُ[4] لها شيئًا ونقَص[5] مِن ثمنِه أنه لا يَجوزُ؛ لأن المقصودَ مِن هذا العقدِ المالُ دُونَ غيرِه، فإذا فوَّته [7]ولم يُحَصِّلْ لها عوضًا[6] آخرَ لم يَجُزْ[7].

وجْهُ قولِهما: أن المهْرَ مالٌ مِن أموالِها[8] فإذا نقَص منه الأبُ لم[9] يَصِحَّ كالثمنِ في عقدِ البيعِ، وقد بيَّنَّا الفرْقَ بينَهما.

قال: ويَصِحُّ النكاحُ إذا سمَّى فيه مهْرًا، ويَصِحُّ وإن لم يُسَمِّ فيه مهرًا.

---

(١) قال في حاشية (ح): «بنت علي كرم اللَّه وجهه».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٦٤٤).

(٣-٣) في (ر): «هذا الأخ والعم»، وفي (ي): «ذلك العم».

(٤) ليس في (ح).

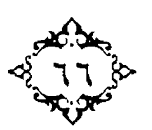
(٥) في (ي): «لو نقص».

(٦) في (ظ): «عوض».

(٧-٧) في (ش، ض): «لم يحصل المقصود».

(٨) في (أ٢، غ): «أموالهما».

(٩) في (ي): «لا».



أما جوازُه مع التسميةِ؛ فلقولِه تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]. فعلَّق الإباحةَ بشرْطِ المالِ، ولأنه عقدٌ لا يُقْصَدُ به التبرُّعُ، فلا يَنْعَقِدُ إلا بِعِوَضٍ هو مالٌ، أصلُه البيعُ[١].

وأما جوازُه مع عدمِ التسميةِ؛ فلقولِه تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُواْ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة: ٢٣٦]. فحكَم بصحةِ الطلاقِ في نكاحٍ لا مهْرَ فيه، والطلاقُ لا يَقَعُ إلا في عقدٍ صحيحٍ، فدَلَّ على أن عدمَ التسميةِ لا يَمْنَعُ صحةَ العقدِ، ولِما رُوِي: «أن عبدَ اللَّهِ بنَ مسعودٍ أُتِي[٢] في امرأةٍ مات عنها زوجُها، ولم [٣]يكن فرَض[٣] لها شيئًا، فقال عبدُ اللَّهِ: لها مهْرُ مثلِ نسائها. فقام مَعْقِلُ بنُ سِنانٍ[٤] الأَشْجَعِيُّ، فقال: قضَى رسولُ اللَّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بَرْوَعَ بنتِ واشقٍ بمثْلِ ما قضيْتَ[٥]. فسُرَّ بذلك ابنُ مسعودٍ»[٦].

قال: وأقلُّ المهْرِ عشرةُ دراهمَ، فإنْ سمَّى[٧] أقلَّ مِن عشَرةٍ فلها عشرةٌ[٨].

(١) هنا ينتهي الخرم المشار إليه آنفًا في النسخة (ل)، والذي بدأ بعد قول المصنف: «كمَن يَسكَرُ ويَمشِي في الأسواقِ». تحت قول الماتن: «والكفاءةُ تُعتبَرُ في النَّسَبِ، والدِّينِ، والمالِ».

(٢) في (أ٢، ي): «أفتى».

(٣-٣) في (ي): «يفرض».

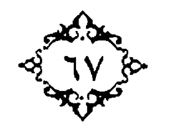
(٤) في (أ٢، ر، ش، ع، غ، ل، ي): «يسار»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في مصادر التخريج، إلا أن معقل بن يسار مزنيٌّ، وليس بأشجعي، فاللَّه أعلم. ينظر: «الاستيعاب» (٣/ ١٤٣٢)، و«أسد الغابة» (٤/ ٤٥٦).

(٥) بعده في (ح): «فيه».

(٦) أخرجه أبو داود (٢١١٦)، والترمذي (١١٤٥)، والنسائي (٣٣٥٤)، وفي «الكبرى» (٥٥١٥)، والبيهقي (٧/ ٢٤٦). وقال الترمذي: «حسن صحيح».

(٧) بعده في (ض، ي): «لها».

(٨) في (أ٢، ي): «العشرة».



وقال الشافعيُّ: المهْرُ ليس بمقدَّرٍ، وما جاز أن يكون بدَلًا في البيعِ وأُجرةً في الإجارةِ جاز أن يكونَ مهْرًا[1].

دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾ [النساء: ٢٤]. فشرَط في الإباحةِ أن يُبْتَغَى[2] بالأموالِ، وهذا لا يُطْلَقُ على القليلِ ولا على العشرةِ لولا قيامُ الدليلِ.

ولما روَى جابرٌ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لَا تُنْكَحُ النِّسَاءُ إِلَّا مِنَ الأَكْفَاءِ، وَلَا مَهْرَ أَقَلَّ مِنْ عَشَرَةِ دَرَاهِمَ»[3]. ولأنه أحدُ المُسَمَّيَيْنِ[4] في عقدِ النكاحِ فجاز أن يَدْخُلَه التقديرُ، أصلُه عددُ المنكوحاتِ.

والذي رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَنِ اسْتَحَلَّ بِدِرْهَمَيْنِ فَقَدِ اسْتَحَلَّ»[5]. يُفِيدُ وقوعَ الاستحلالِ وإنْ سمَّى دِرْهَمَيْنِ، وكذلك نقولُ، إلا أنه يَجِبُ أن يُتِمَّ[6] لها العشرةَ، وليس في الخبَرِ ما يَنْفِي إيجابَ الزيادةِ، وإذا ثبت

(١) بعده في (ي): «في النكاح».

ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٨٠)، و«الحاوي» (٩/ ٣٩٦)، و«بحر المذهب» (٩/ ٣٨٣)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٢٤٩).

(٢) في (أ٢، س، ع): «تبتغي»، وفي (ل): «نبتغي».   (٣) تقدَّم.

(٤) في (ر، ض، ع، ل): «المسمين»، وفي (غ): «التسميتين».

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٦١٩)، وأبو يعلى (٩٤٣)، والبيهقي (٧/ ٢٣٨) عن يحيى بن عبد الرحمن بن أبي لبيبة، عن جده قال: «قال رسول الله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من استحل بدرهم في النكاح فقد استحل». قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٤/ ٢٨١): «وفيه يحيى بن عبد الرحمن بن أبي لبيبة، وهو ضعيف».

(٦) في (أ، ح، س، ظ، ع): «يتمم».



أن أقلَّ المهْرِ عشرةُ دراهمَ فإذا سمَّى في العقدِ دُونَ العشرةِ؛ قال أصحابُنا: التسميةُ صحيحةٌ ويَتِمُّ[1] لها عشرةٌ[2].

وقال زفرُ: التسميةُ فاسدةٌ ولها مهْرُ مثلِها[3].

وجْهُ قولِهم: أن ما دُونَ العشَرةِ [4]يَصِحُّ تسميتُه[4] مع غيرِه فصَحَّ[5] بانفرادِه كسائرِ الأموالِ، وإذا ثبَت صحةُ تسميةِ[6] الخمسةِ كُمِّل لها عشرةٌ، ولم يَجِبْ مهْرُ المثْلِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن تسميةَ ما دُونَ العشرةِ لا يَصِحُّ في النكاحِ، وما لا يَصِحُّ تسميتُه إذا سُمِّي وجَب مهْرُ المثْلِ كالخمْرِ والخِنْزِيرِ، وإنما قُلنا: إنه يُكَمَّلُ لها[7] العشرةُ؛ لأن العشرةَ لا تَتبَعَّضُ في حكْمِ العقدِ، بدلالةِ أنه لا يثْبُتُ بعضُها دُون بعضٍ، وما لا يتبعَّضُ فتسميةُ بعضِه كتسميةِ كلِّه، أصلُه الطلاقُ.

قال: ومَن سمَّى مهْرًا عشرةً، فما زاد فعليه المُسَمَّى إن دخَل بها أو مات عنها.

---

(١) في (ح، س): «يتمم»، وفي (ي): «تَتِمُّ».

(٢) في (أ٢، ي): «العشرة».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٧٧)، و«الهداية» (١/ ١٩٩)، و«العناية» (٣/ ٣٢٠)، و«البناية» (٥/ ١٣٧)، و«لسان الحكام» (ص٤٣٨)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ١٣٨)، و«مجمع الأنهر» (١/ ٣٤٦).

(٤-٤) في (ي): «صحيح كتسميته».

(٥) في (س): «فيصح».

(٦) في (أ٢): «تسميته».

(٧) من (أ٢، ر، س، ض، غ، ي).



وجملةُ ذلك أن البدَلَ في النكاحِ على ضَرْبَيْنِ:

أحدُهما: يثبُتُ بالتسميةِ. والآخَرُ: مِن طريقِ الحكمِ، وهو مهْرُ المثْلِ.

وجميعُ ذلك يَجِبُ بالعقدِ، وذلك لأنه قد ملَك عليها المبدَلَ بالعقدِ فوجَب أن يُمْلَكَ[1] ما في مقابَلَتِه كالبيعِ.

وإذا ثبَت أن المهْرَ يَجِبُ بالعقدِ، قال أصحابُنا: المُسمَّى يستَقِرُّ بأحدِ ثلاثةِ أشياءَ؛ بالدخُولِ، أو موتِ أحدِ الزوجَيْنِ، أو الخَلْوَةِ الصحيحةِ[2].

أما استقرارُه بالدخولِ فلأنه استيفاءٌ للمعقودِ عليه، فوجَب أن يستَقِرَّ به البدَلُ، أصلُه القبْضُ في البيعِ[3]، وأما استقرارُه بموتِ أحدِ الزوجَيْنِ، فلأن الموتَ قد أُجْرِيَ مُجْرَى الدخُولِ بدليلِ وجوبِ العِدَّةِ به[4]، فإذا استَقَرَّ المهْرُ بالدخولِ، فكذلك الموتُ الذي أُجْرِيَ مُجْرَاهُ، وأما استقرارُه بالخَلْوةِ الصحيحةِ فيَجِيءُ فيما بعْدُ[5].

قال: فإن طلَّقَها قبْلَ الدخُولِ[6] والخَلْوةِ فلها نصفُ المسمَّى.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

---

(١) رسمت في (ي) بالياء والتاء معًا.

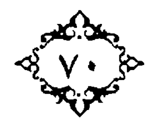
(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٩١)، و«البناية» (٥/ ١٣٨).

(٣) في (ع): «البدل».

(٤) من (ر، س، ظ، ع، ي).

(٥) سيأتي عند قول الماتن: «وإذا خلا الزوج بامرأته... إلخ».

(٦) في (ي): «بها».



قال: وإنْ تزوَّجها ولَمْ يُسَمِّ لها مهْرًا، أو تزوَّجها على أن لا مَهْرَ لها، فلها مَهْرُ مثْلِها إنْ دخَل بها، أو مات عنها.

أما وجوبُ مهْرِ المثْلِ عندَ عدَمِ التسميةِ، فلِما رُوِي: «أنَّ عبدَ اللَّهِ بنَ مسعودٍ أُتِي[1] في امرأةٍ مات عنها زوجُها، ولم يكن[2] فرَض لها شيئًا، ولم يدْخُلْ بها؟ فقال عبدُ اللَّهِ: أَقُولُ فيها برأْيِي، فإن يَكُنْ[2] خطأً فمِن نفْسِي، وإنْ يَكُنْ صوابًا فمِن اللَّهِ، لها صداقُ مثلِها، وعليها العِدَّةُ، ولها الميراثُ. فقام مَعْقِلُ بنُ سِنانٍ[3] الأَشْجَعِيُّ، فقال: قضَى رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في بَرْوَعَ بنتِ واشِقٍ الأَشْجعيةِ[4] بمثْلِ ما قضيْتَ. ففَرِح بذلك»[5].

ولأن البُضْعَ أَجْمَعُوا أنه لا يُسْتباحُ إلا ببدَلٍ، وقد ملَك البُضْعَ في هذا العقدِ بغيرِ بدَلٍ مسمًّى فوجَب لها (7قيمةُ البُضْعِ وهو مَهْرُ المثْلِ.

وقد قال أصحابُنا: مهْرُ المثْلِ يستَقِرُّ بما ذكَرْنا أن المسمَّى يستَقِرُّ به للمعْنى الذي ذكَرْناه[6].

وقد قال أصحابُنا: إذا تزوَّجها على أن لا مهْرَ لها فلها7) مهْرُ المثْلِ أيضًا[8].

---

(1) في (أ2): «أفتى». (2) في (ي): «يك».

(3) في (أ2، س، ع، ي): «يسار». وقد تقدَّم قريبًا التنبيهُ على وجه الصواب فيه وأنه مصحف من «سنان».

(4) في (ح): «الأشجعي». (5) تقدَّم.

(6) قال في حاشية (ح): «وهو الدخول، أو الخلوة الصحيحة، أو موت أحد الزوجين».

(7-7) ما بين القوسين ليس في (غ).

(8) ينظر: «بدائع الصنائع» (2/ 274)، و«الهداية» (1/ 199)، و«العناية» (5/ 325).



وقال الشافعيُّ: إذا مات أحدُهما قبْلَ أن يدْخُلَ بها فلا مهْرَ لها، وإنما يَجِبُ المهْرُ في هذه المسألةِ بالدخُولِ لا بالعقْدِ، وهذه مسألةُ المفوِّضَةِ[1].

وهذا لا يَصِحُّ لحديثِ مَعْقِلِ بنِ سِنانٍ[2]، ولم يُفَصِّلْ بينَ أن يَسْكُتَ عن مَهْرِها أو يَعْقِدَ على أن لا مهْرَ، والدليلُ على أن العقدَ يَجِبُ به مهْرُ المثْلِ أن لها أن تُخاصِمَ الزوجَ وتُطالِبَه بفَرْضِ المهْرِ، وتَمْلِكَ أن تَحْبِسَ نفْسَها وتَمْتَنِعَ[3] حتى يَفْرِضَ لها ويُعْطِيَها، ولو لم يَجِبِ البدَلُ لم تَمْلِكْ حقَّ الحبْسِ.

فإن قيل: إنها تَحْبِسُ نفْسَها لِيَفْرِضَ لها.

قيل له: لو ملَك عليها المعقودَ عليه بغيرِ بدَلٍ لم يثْبُتْ لها حقُّ الحبْسِ كما لا يثْبُتُ للواهِبِ، وإذا ثبَت أن مهْرَ المثْلِ وجَب[4] بالعقدِ وجَب أن يستَقِرَّ بالموتِ كالمسمَّى.

---

(١) المفوِّضة بكسر الواو هي التي زوجت نفسها من رجل من غير تسمية مهر، والمفوضة بفتح الواو هي التي زوجها وليها من رجل من غير تسمية مهر، فبالكسر نعت الفاعلة، وبالفتح نعت المفعولة، والتفويض هو التسليم وهو ترك المنازعة والمضايقة، ويراد به تفويض أمر المهر إلى الزوج وترك المنازعة في تقديره. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص٤٥).

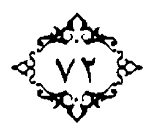
والمسألة فيها قولان للشافعي: **الأول**: عدم وجوب المهر. **والثاني**: وجوبه مع تعليق ذلك على صحة حديث بروع بنت واشق، وقد صح الحديث؛ لذا فالقول بالوجوب هو المعتمد عند أصحابه.

ينظر: «الأم» (٥/ ٧٤)، و«الحاوي» (٩/ ٤٧٩)، و«نهاية المطلب» (١٣/ ١٠٧)، و«بحر المذهب» (٩/ ٤٦٠)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٢٨٢).

(٢) في (ع، ي): «يسار».

(٣) في (ل): «تمنع».

(٤) في (ي): «ثبت».



فإن قيل: لو وجَب مهرُ المثْلِ بالعقدِ لَتنَصَّفَ بالطلاقِ قبْلَ الدخولِ.

قيل له: الطلاقُ قبْلَ الدخُولِ هو عَوْدُ المعقودِ عليه إلى مِلْكِ العاقِدِ، والموتُ[1] تَلَفُ[2] المعقودِ عليه على ملْكِ العاقِدِ، فصار الطلاقُ كفسْخِ البيعِ، والموتُ كتَلَفِ المبيعِ بعْدَ القبْضِ، فلا يَجوزُ أن يُسْتَدَلَّ بسقوطِ البدَلِ في أَحَدِ الموضِعَيْنِ على سقوطِهِ في الموضِعِ الآخَرِ.

قال: وإن طلَّقها قبْلَ الدخُولِ[3] فلها المتعةُ[4] ثلاثةُ[5] أثوابٍ مِن كِسوةِ مِثْلِها.

أما وجوبُ المتعةِ خلافَ ما قاله مالكٌ إنها مستَحَبَّةٌ[6].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ وَعَلَى ٱلْمُقْتِرِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. والأمرُ[7] على الوجوبِ، ثم قال: ﴿حَقًّا عَلَى ٱلْمُحْسِنِينَ﴾. والحقُّ يقتَضِي الوجوبَ.

وأما تقديرُ المتعةِ، فقال أصحابُنا: ثلاثةُ أثوابٍ؛ دِرعٌ، وخمارٌ، ومِلْحَفَةٌ[8].

وقال الشافعيُّ: ثلاثونَ دِرهمًا[9].

---

(١) ليس في (ر)، وفي (أ٢، غ): «وبالموت».

(٢) في (ر): «يتلف»، وفي (ي): «يؤكد».

(٣) بعده في (ل): «والخلوة».

(٤) بعده في (ح، س، ي): «والمتعة».

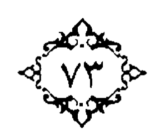
(٥) في (ل): «بثلاثة».

(٦) ينظر: «الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٦١٧)، و«الذخيرة» (٤/ ٤٤٨)، و«القوانين الفقهية» (ص١٥٩)، و«التاج والإكليل» (٥/ ٤١١).

(٧) بعده في (ح، ي): «يدل».

(٨) ينظر: «الأصل» (٤/ ٤٣٦)، و«المبسوط» (٦/ ٦٢)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣٠٤)، و«الهداية» (١/ ١٩٩).

(٩) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٨٣)، و«الحاوي» (٩/ ٤٧٦)، و«المهذب» (٢/ ٤٧٦)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٢٢).



وقد رُوِي ثلاثةُ[1] أثوابٍ عن سعيدِ بن المسيِّبِ، وعطاءٍ، والحسنِ، والشعبيِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[2]، وقال ابنُ عباسٍ: «أَرْفَعُ المتعةِ الخادمُ، ثُم دُونَ ذلك الكِسوةُ، ثم دُونَ ذلك النفقةُ»[3].

والدليلُ على ما قُلناه: قولُه تعالى: ﴿مَتَٰعًا بِٱلۡمَعۡرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٦]. وهذا اسمٌ للعُرُوضِ[4]، ولأن لإيجابِه نظيرًا في النكاحِ وهو الكِسوةُ، وليس لإيجابِ الثُّلُثَيْنِ مِن الدراهمِ نَظِيرٌ، فكان إيجابُ ما له نَظِيرٌ أَوْلى.

قال: وإن تزوَّج المسلمُ على خمْرٍ أو خِنْزِيرٍ فالنكاحُ جائزٌ، ولها مهْرُ مثلِها.

أما جوازُه، خلافَ ما قاله مالكٌ[5]، فلأن فسادَ المهْرِ لا يُوجِبُ فسادَ العقدِ، ولو أوْجَب فسادَه لفسَد بالسكوتِ عنه كالثمنِ في البيعِ[6]، وإذا صحَّ العقدُ وكان المسلِمُ لا [7]يَجوزُ أن[7] يَمْلِكَ الخمْرَ ولا يُمَلِّكَها سقَط ذِكْرُها[8]، فكأنه تزوَّجها بغيرِ مهْرٍ فيَجِبُ مهْرُ المثْلِ.

قال: وإنْ تزوَّجها ولم يُسَمِّ لها مهْرًا، ثُم تراضَيا على تَسْميةٍ[9]، فهي لها؛ إن دخَل بها، أو مات عنها، وإنْ طلَّقها قبْلَ الدخُولِ فلها المتعةُ.

---

(١) في (أ، ع): «بثلاثة».
(٢) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٩٠٤٣-١٩٠٤٦).
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٩٠٤٢).
(٤) في (ش، ض): «العروض»، وفي (ل): «المفروض».
(٥) ينظر: «التفريع» (ص٣٨٣)، و«التلقين» (١/ ١١٤)، و«عيون المسائل» (ص٣٢٨)، و«الكافي في فقه أهل المدينة» (٢/ ٥٥٣).
(٦) في (أ٢، ح، غ، ي): «المبيع».
(٧-٧) ليس في (ي)، وفي (ر، ظ): «يجوز له أن».
(٨) في (س): «ذكره».
(٩) في (ح): «التسمية».



أما ثبوتُ التسميةِ فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَدُّوا العَلَائِقَ[1]». قيل: يا رسولَ اللَّهِ، وما العلائقُ؟ قال: «مَا تَرَاضيا[2] عَلَيْهِ الأَهْلُونَ»[3]. ولم يُفصِّلْ.

ولأنها تسميةٌ صحيحةٌ مع بقاءِ العقدِ فوجَب أن تستَقِرَّ بالدخُول، أصلُه إذا كانت في نفْسِ العقدِ، وأما إذا طلَّقها قبْلَ الدخُولِ فلها المتعةُ، وعن أبي يوسفَ: أن لها نصفَ المسمَّى[4]، وبه قال الشافعيُّ[5].

لنا: أن عقدَ النكاحِ خلا عن تسميةٍ فوجَب أن يثبُتَ لها بالطلاقِ قبل الدخُولِ المتعةُ، أصلُه إذا لم يَفرِضْ لها، ولأنه بدَلٌ لم يُسَمَّ في العقدِ، فلا يَتبَعَّضُ بالطلاقِ كمَهْرِ المثْل.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: قولُه تعالى: ﴿فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧]. ولم يُفصِّلْ.

---

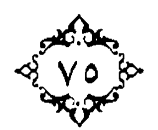
(١) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٣): «العلائق مهموز: الواحدة عِلاقة، وعلاقة المهر: ما يتعلقون به على المتزوج».

(٢) في (ش، ض): «تراضى». وهو الموافق لما في مصادر التخريج.

(٣) أخرجه الدارقطني (٣٦٠٠) من طريق صالح بن عبد الجبار، عن محمد بن عبد الرحمن ابن البيلماني، عن أبيه، عن ابن عباس. وابن البيلماني قال عنه ابن حبان في «المجروحين» (٢/ ٢٦٤): «حدَّث عن أبيه بنسخة شبيهًا بمئتي حديث كلها موضوعة، لا يجوز الاحتجاج به، ولا ذكره في الكتب إلا على جهة التعجب». وقال البيهقي في «المعرفة» (٥/ ٣٧٤): «وأسانيد هذا الحديث ضعيفة». ينظر: «الأحكام الوسطى» (٣/ ١٤٦)، و«التحقيق» (٢/ ٢٨١).

(٤) ينظر: «الأصل» (٤/ ٤٤٠)، و«الهداية» (١/ ١٩٩)، و«العناية» (٣/ ٣٢٨)، و«البناية» (٥/ ١٤٥).

(٥) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٤٧٨)، و«نهاية المطلب» (١٣/ ١٨٠)، و«بحر المذهب» (٩/ ٤٥٩)، و«التهذيب» (٥/ ٥٠٧).



والجوابُ: أن هذا خطابٌ للأزواجِ في أوَّلِ حالٍ ملكوا الطلاقَ، وذلك عَقِيبَ النكاحِ، والفَرْضُ هناك لا يكونُ إلَّا في حالِ العقدِ، فلم يَجُزْ حمْلُ الآيةِ على فرْضٍ بعْدَ ذلك.

قال: وإن زادها في المهْرِ بعْدَ العقدِ لَزِمَتْه الزيادةُ.

وقال زفرُ: لا يَلْحَقُ[1] بالعقدِ وهي هبةٌ، إن قُبِضتْ مُلِكَتْ[2]. وبه قال الشافعيُّ[3].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا تَرَاضَيْتُم بِهِۦ مِنۢ بَعْدِ ٱلْفَرِيضَةِ﴾ [النساء: ٢٤]. فلا يَخْلو إما أن يكون المرادُ به النقصانَ، أو الزيادةَ، أو الهبةَ، ولا يَجوزُ أن يُرادَ به [4]الحطُّ؛ لأن ذلك يَقِفُ عليها خاصَّةً لا على التراضِي، ولا يَجوزُ أن يُرادَ به[4] الهبةُ المُبْتَدَأَةُ؛ لأن ذلك لا تَعَلُّقَ له بالفريضةِ، فلم يَبْقَ إلا أن يكونَ المرادُ به الزيادةَ، ولأنه تغييرٌ لصفةِ المهْرِ فتعلَّق به الاستحقاقُ كالحَطِّ، وإذا ثبَت أنها تَلْزَمُ بالعقدِ استقرَّتْ بالدخُولِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن الاستباحةَ في ملْكِه، فلا يَصِحُّ بذْلُ[5] العِوَضِ عن[6] ملْكِه.

قُلْنا: يَبْطُلُ بما[7] إذا تزوَّجها بغيرِ مهْرٍ، ثم فرَض لها، ويَبْطُلُ أيضًا بالعِوَضِ عن الهبةِ بعْدَ عقدِها.

---

(١) في (ح، ش): «تلحق».

(٢) ينظر: «العناية» (٣/ ٣٢٩)، و«البناية» (٥/ ١٤٦).

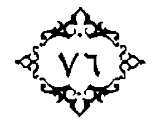
(٣) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٤٨٢)، و«بحر المذهب» (٩/ ٤٦٣).

(٤-٤) ليس في (ل).

(٥) في (أ، أ٢، س، ض، ظ، ع، غ، ل): «بدل»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «التجريد» (٩/ ٤٧٠١).

(٦) في (أ٢): «في»، وفي (ل): «من».

(٧) من (ح، ر، ض، ي).



قال: وتسْقُطُ بالطلاقِ قَبْلَ الدخولِ.

وعن أبي يوسفَ: أن لها نصفَ الزيادةِ[(١)].

وجْهُ قولِهم المشهورُ: أن الزيادةَ لم تُسَمَّ في العقدِ، فلا تتبَعَّضُ بالطلاقِ كمَهْرِ المثْلِ.

وَجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الزيادةَ تَلْحَقُ بالعقدِ وتَصِيرُ كالموجودةِ فيه فتتبعَّضُ[(٢)] بالطلاقِ[(٣)].

قال: وإن حطَّتْ عنه مهْرَها صَحَّ الحَطُّ.

وذلك لأن العقدَ على مِلْكِها[(٤)] بدليلِ أنه يَجوزُ خُلْعُها، فإذا حطَّتْ[(٥)] لَحِقَ بالعقدِ، كما لو حطَّتْ في حالِ العقدِ.

قال: وإذا خلا الزوجُ بامرأتِه، وليس هناك مانِعٌ مِن الوَطْءِ، ثُم طلَّقها فلها كمالُ مَهْرِها.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ؛ وذلك لأن المهْرَ عندَنا يستَقِرُّ بالخَلْوةِ الصحيحةِ، وهو قولُ الشافعيِّ في القديمِ، وقال في قولٍ آخَرَ: لها نصفُ المهْرِ[(٦)].

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٥/ ٦٥)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٩٨)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ١١٢).

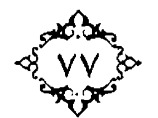
(٢) في (أ، ش): «فتبعض»، وفي (ر، س، ع): «فيتبعض»، ورسمت في (ض، ظ، غ) بغير نقط.

(٣) قال في حاشية (ح): «لو تزوَّج المطلقة الرجعية في عدتها بشيء معلوم الأصح أنه لا يجب، ولو قال: زدت في مهرك كذا يصح ويجب».

(٤) في (أ، س، ع): «ملكهما».

(٥) في (أ، ح، ض، غ، ل): «حط».

(٦) هذا قوله الجديد، وهو المعتمد المعمول به.



دليلُنا: ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَنْ كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَةٍ وَنَظَرَ إِلَيْهَا، وَجَبَ لَهَا الصَّدَاقُ، دَخَلَ بِهَا، أَوْ لَمْ يَدْخُلْ[(١)]». وكشفُ الخمارِ لا يكونُ إلا في الخَلْوةِ، وقد عبَّر بذلك عنها.

وعن عمرَ، وعليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أنهما قالا: «إِذَا أَغْلَقَ بَابًا أَوْ أَرْخَى سِتْرًا وَجَبَ المَهرُ»[(٢)]. وعن ابنِ عمرَ، ومعاذٍ، وزيدِ بنِ ثابتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مِثْلُه[(٣)]؛ ولأن التسليمَ المستَحَقَّ بالعقدِ قد وُجِد، فوجَب أن يستَقِرَّ البدَلُ، أصلُه التَّخْلِيةُ في العقارِ.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَإِن طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِن قَبْلِ أَن تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ﴾ [البقرة: ٢٣٧].

قيل له: المسُّ لا يُعَبَّرُ به عن الوَطْءِ في اللغةِ، وإنما زعَم المخالِفُ أنه كنايةٌ عن الوطْءِ، ونحنُ نقولُ: إنه كنايةٌ عن الخَلْوةِ؛ لأن الإنسانَ لا يَمَسُّ امرأتَه في العادةِ إلَّا في خَلْوةٍ، فليس ما يَقُولُه أَوْلى مِمَّا نَقُولُه.

ينظر: «الأم» (٥/ ٦٥)، و«الحاوي» (٩/ ٥٤٠)، و«المهذب» (٢/ ٤٦٦)، و«بحر المذهب» (٩/ ٥١٦)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٢٦٣).

(١) بعده في (أ٢، ح، غ): «بها»، وهو الموافق لما عند الدارقطني.

والحديث أخرجه الدارقطني (٣٨٢٤) من طريق ابن لهيعة، نا أبو الأسود، عن محمد بن عبد الرحمن بن ثوبان، عن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. قال البيهقي (٧/ ٢٥٦): «هذا منقطع وبعض رواته غير محتج به». ينظر: «الأحكام الوسطى» (٣/ ٢١٦)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ٣٨٨).

(٢) أخرجه عنهما ابن أبي شيبة (١٦٩٥٣- ١٦٩٥٧، ١٦٩٦١- ١٦٩٦٤).

(٣) ينظر: عبد الرزاق (١٠٨٦٦)، وابن أبي شيبة (١٦٩٥٩، ١٦٩٦٦)، و«مشكل الآثار» (٢/ ١١١).



فإن قيل: إنه طلاقٌ قبْلَ الإصابةِ فوجَب أن يَعُودَ إليه نصفُ المهْرِ، كما لو كان قبْلَ الخَلْوةِ.

قيل له: قبْلَ الخَلْوةِ لم يُوجَدِ التسليمُ المستَحَقُّ عليها، ولا استَوْفَى الزوجُ المعقودَ عليه فلم يستَقِرَّ البدَلُ، وههنا وُجِد التسليمُ المستَحَقُّ بالعقدِ، فصار كما لو سلَّمَتْ نفْسَها فوَطِئها.

قال: فإن كان أحدُهما مَرِيضًا، أو صائِمًا في رمضانَ، أَوْ مُحْرِمًا بِحَجٍّ أَوْ عُمْرَةٍ، أو كانتْ حائضًا فليستْ بِخَلْوَةٍ[1] صحيحةٍ.

والأصلُ في هذا أن الخلوةَ الصحيحةَ التي يستَقِرُّ[2] بها المهْرُ هي أن تُسلِّمَ نفْسَها وليس هناك مانِعٌ مِن الوطْءِ.

والمانِعُ على ضَرْبَيْنِ: مانِعٌ مِن طريقِ المشاهَدةِ، ومانِعٌ مِن طريقِ الحكْمِ؛ فالمانِعُ مِن طريقِ المشاهَدةِ: مِثْلُ أن يكونَ هناك ثالِثٌ، أو يكونَ أحدُهما مريضًا مرَضًا يَمْنَعُ الجماعَ؛ وذلك لأن التسليمَ المستَحَقَّ بالعقدِ لم يُوجَدْ، ألا تَرى أنه يُرْجَى في العقدِ تسليمٌ على غيرِ هذه الصفةِ، فصار كالبائعِ إذا خلَّى بينَ المشتَرِي وبينَ السلعةِ وهناك مانِعٌ للمشتَرِي منها، وعلى هذا المرَضُ لأنه[3] يُرْجَى زوالُه فيُوجَدُ التسليمُ الذي يُمْكِنُ معه الوَطْءُ.

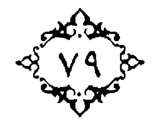
وأما المانِعُ مِن طريقِ الحكْمِ: فمِثْلُ الحيضِ، والإحرامِ، والصومِ في رمضانَ؛

---

(١) في (أ، س، ش، ض، ع، غ، ل): «خلوة».

(٢) في (ع): «يستحق».

(٣) بعده في (أ، ع، ل): «لا».



لأنه مانِعٌ مِن جهةِ الدِّينِ، والمنْعُ مِن جهةِ الدِّينِ أَقْوَى مِن المنْعِ مِن جهةِ الآدَمِيِّ، فهو أَوْلى أن يَمْنَعَ مِن استِقْرارِ المهْرِ، واختلَفتِ الروايةُ في صومِ غيرِ رمضانَ كالتطوُّعِ، والنذْرِ، والكفارةِ، وقضاءِ رمضانَ؛ فقال في الروايةِ الصحيحةِ: إنه لا يَمْنَعُ الخَلْوةَ؛ لأن ما يَجِبُ بالفِطْرِ فيه قريبٌ، وهو القضاءُ خاصةً، وليس كذلك شهرُ رمضانَ؛ لأنه يَجِبُ بالفِطْرِ فيه[1] القضاءُ والكفارةُ، ولهذا المعْنى سوَّوا بينَ فَرْضِ الحجِّ ونفْلِه؛ لأن الكفارةَ تَجِبُ فيهما والقضاءُ وهو ضررٌ كبيرٌ.

وقال في الروايةِ الأُخْرى: نفْلُ الصومِ كفَرْضِه؛ لأنه منْهِيٌّ عن الفِطْرِ فيهما مِن غيرِ عذرٍ، فصار كالحجِّ[2].

وقد قالوا: لو خَلا بامرأتِه في مسجدٍ، أو طريقٍ، أو صحراءَ فليستْ بخَلْوةٍ؛ لأنه يَجوزُ أن يَحْضُرَ ثالِثٌ[3].

وقد قالوا: لو خلَا بامرأتِه في حَجَلةٍ[4]، أو قُبَّةٍ فأَرْخَى السِّتْرَ فيما[5] بينَه وبينَ مَن في البيتِ مِن النساءِ فهو خَلْوةٌ؛ لأن ذلك بمنزلةِ البيتِ[6].

وقد قالوا: لو خلَا بها على سطْحٍ لا حجابَ عليه فليس بخَلْوةٍ؛ لأنه لا يأْمَنُ

(١) ليس في (أ٢، ح، غ، ل).

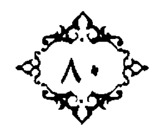
(٢) ينظر: «المبسوط» (٥/ ١٥٠)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٩٣)، و«العناية» (٣/ ٣٣٤)، و«البناية» (٥/ ١٥١)، و«البحر الرائق» (٣/ ١٦٤).

(٣) ينظر: «المبسوط» (٥/ ١٥٠)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٩٣)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ١١٠).

(٤) الحَجَلة: بفتحتين واحدةُ حِجالِ العروس، وهي بيتٌ يُزَيَّنُ بالثياب، والأَسِرَّة، والستور. ينظر: «مختار الصحاح» (ص٦٧).

(٥) في (أ، أ٢، ح، س، غ): «فيها».

(٦) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٩٣)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ١٤٣).



أن يَطَّلِعَ عليه غيرُه فهو كالصحراءِ[1].

وقد قالوا: لو خلَا بها ومعه في البيتِ أَعْمَى أو نائمٌ فليس بخَلْوةٍ؛ لأن الأَعْمى يُحِسُّ، والنائمُ قد يَنْتَبِهُ، ولو خلَا بها ومعه[2] امرأةٌ أجنبيةٌ لم يكن خَلْوةً؛ لأنه لا يَحِلُّ لها النظَرُ إليهما، فيَمْنَعُ ذلك مِن الوَطْءِ، وأما حضورُ الصبيِّ والمعْتُوهِ، فإن كانا يَعْقِلانِ فليس بخَلْوةٍ؛ لأن ذلك يَمْنَعُ الوَطْءَ، وإن كانا لا يَعْقِلانِ فهي خَلْوةٌ صحيحةٌ[3].

قال: وإذا خلَا المَجْبُوبُ[4] بامرأتِه[5] فلها كمالُ المَهْرِ عند أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لها نصفُ المهْرِ[6].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن عقدَ النكاحِ يُوجِبُ التسليمَ، وليس في هذا العقدِ تَسلِيمٌ يُرْجَى إلا على هذا الوجْهِ، فكان هو التسليمَ المستَحَقَّ[7] فاستَقَرَّ به البدَلُ.

وجْهُ قولِهما: أن الجَبَّ يُتيقَّنُ معه عدمُ الوَطْءِ أكثرَ مما يُتيقَّنُ به مع المرَضِ، فإذا منَع المرَضُ صحةَ الخَلْوةِ فالجَبُّ أَوْلى.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٩٣)، و«الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٠٤).

(٢) بعده في (ر، س): «في البيت».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٩٣)، و«البناية» (٥/ ١٤٩).

(٤) في (ل): «المجنون». والجب القطع، والمجبوب الخصي الذي استُؤصلُ ذكَره وخصياه. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص٤٧)، و«المغرب» (١/ ١٢٩).

(٥) بعده في (س): «ثم طلقها».

(٦) ينظر: «الأصل» (٤/ ٣٩٩)، و«المبسوط» (٥/ ١٠٣)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٩٢)، و«الهداية» (١/ ٢٠٠).

(٧) بعده في (أ٢، ح، غ): «بالعقد».



وقد قالوا جميعًا في الخَصِيِّ[1] والعِنِّينِ: إن خَلْوتَهما صحيحةٌ؛ لأن الوطْءَ يُوجَدُ منهما كما يُوجَدُ مِن غيرِهما[2].

قال: وتُستَحَبُّ المتعةُ لكلِّ مُطلَّقةٍ إلَّا مطلقةً واحدةً، وهي التي طلَّقها قبْلَ الدخُولِ وقد سمَّى لها مهْرًا[3].

والكلامُ في المتعةِ يقَعُ في مواضعَ:

منها: أنها واجبةٌ، وقد دلَّلْنا عليه فيما تقدَّم[4].

ومنها: أن المتعةَ لا تَجِبُ عندَنا إلَّا لمطلقةٍ واحدةٍ، وهي التي طلَّقها قبْلَ الدخُولِ والتسميةِ[5]، وقال الشافعيُّ في قولِه الجديدِ:..........................

(١) الخصي: الذي سُلَّ أُنثياهُ وبَقِي ذَكَرُه، فعيل بمعنى مفعول مِن الخصاء. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص٤٧)، و«المغرب» (١/ ٢٥٨).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٩٢)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ١١١)، و«البناية» (٥/ ١٥٢).

(٣) قال في حاشية (ح): «والمتعة على أربعة أوجه: واجبة للتي طلقها قبل الدخول ولم يسم لها مهرًا، ومستحبة للتي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرًا، وسنة للتي طلقها بعد الدخول وقد سمَّى لها مهرًا، ولا سنة ولا مستحبة، وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمَّى لها مهرًا، فلها نصف المهر لا غير».

(٤) تقدَّم عند قول الماتن: «وإن طلَّقها قبلَ الدخُولِ فلها المتعةُ... إلخ».

وقال في حاشية (ح): «ولا تجب إلا إذا كانت الفرقة من جهته كالطلاق، والفرقة بالإيلاء، واللعان، والجب، والعُنة، وردته وإبائه الإسلام، وتقبيله أمها أو ابنتها بشهوة، وإن كانت الفرقة من جهتها فلا تجب كردتها وإبائها الإسلام، وتقبيلها ابن الزوج والرضاع، وخيار البلوغ، وخيار العتق، وعدم الكفاءة».

(٥) في (ظ): «ولم يسم لها مهرًا».

وينظر: «المبسوط» (٦/ ٦١)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣٠٣)، و«الهداية» (١/ ٢٠١).



لكلِّ مطلَّقةٍ المتعةُ[1] إلَّا التي طلَّقها قبْلَ الدخُولِ وقد سمَّى لها مهْرًا[2].

ويتعيَّنُ الخلافُ في المدخُولِ بها، والدليلُ على أنه لا متعةَ لها: أنها استحقتْ كمالَ المهْرِ، فلا يَجِبُ لها متعةٌ كالمتوفَّى عنها، ولأن المطلقةَ قبْلَ الدخُولِ تستَحِقُّ نصفَ المهْرِ فلا متعةَ لها، فالتي تستَحِقُّ كمالَ المسمَّى أَوْلى أن لا يكونَ لها متعةٌ.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ مَتَٰعٌۢ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة:٢٤١]. وهو عامٌّ.

قيل له: قولُه تعالى: ﴿وَلِلْمُطَلَّقَٰتِ﴾ يقتَضِي التعريفَ، والمعْرِفةُ هي التي ذكَرها في قولِه تعالى: ﴿لَّا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ إِن طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ مَا لَمْ تَمَسُّوهُنَّ أَوْ تَفْرِضُوا۟ لَهُنَّ فَرِيضَةً﴾ [البقرة:٢٣٦].

والدليلُ على أنها مستَحبَّةٌ للمدخُولِ بها: قولُه تعالى: ﴿فَتَعَالَيْنَ أُمَتِّعْكُنَّ وَأُسَرِّحْكُنَّ سَرَاحًا جَمِيلًا﴾ [الأحزاب:٢٨]. وكُنَّ مدخُولاتٍ بِهِنَّ، ولِما رُوِي: «أن رجلًا طلَّق امرأتَه بعْدَ الدخُولِ فقال له شُرَيحٌ: مَتِّعْهَا. فامْتَنَع فقال له: إن كنْتَ مِنَ المتَّقِينَ فمَتِّعْها. ولم يُجْبِرْهُ[3] على ذلك»[4].

(١) في (س): «متعة».

(٢) ينظر: «الأم» (٧/ ٢٧٠)، و«الحاوي» (٩/ ٥٤٧)، و«نهاية المطلب» (١٣/ ١٨٠)، و«بحر المذهب» (٩/ ٥٢١)، و«التهذيب» (٥/ ٥٢٤).

(٣) في (س): «يجبر».

(٤) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٢٦٤٢)، والبيهقي (٧/ ٢٥٧).

وشريح هو ابن الحارث بن قيس بن الجهم أبو أمية الكندي، الفقيه قاضي الكوفة، وهو من =



وقد قال أصحابنا: إن المتعةَ لا تُزاد على نصفِ مهرِ المثْلِ ولا تَنْقُصُ مِن خمسةِ دراهمَ؛ لأن المتعةَ وجبَتْ على وجْهِ التخفيفِ، وأقلُّ ما يَجِبُ في العقدِ نصفُ المهْرِ فوجَب أن يَنْقُصَ عنه، وإنما لم تنقُصْ عن خمسةِ دراهمَ؛ لأن المتعةَ تَجِبُ على وجْهِ العِوَضِ، وأقلُّ عِوَضٍ يثبُتُ في النكاحِ نصفُ العشرةِ(١).

وقد قال الشافعيُّ: يَجِبُ بحسَبِ حالِ الزوجِ بالغةً ما بلَغَتْ(٢).

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنه يؤدِّي إلى أن يَجِبَ للمطلَّقةِ قبْلَ الدخُولِ أكثرُ مِمَّا يَجِبُ لها لو دخَل بها، وهذا لا يَصِحُّ، أصلُه التي سمَّى لها.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿عَلَى ٱلْمُوسِعِ قَدَرُهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٦].

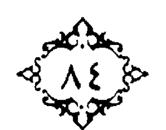
قيل له: إيجابُ المتعةِ بحسَبِ حالِه لا يَمْنَعُ مِن أن يُعْتَبَرَ حالُ المرأةِ، كما أن اللَّهَ تعالى أَوْجَب النفقةَ بِحَسَبِ حالِ الزوجِ، ويُعْتَبَرُ في ذلك مقدارُ كفايتِها.

أولاد الفرس الذين كانوا باليمن، يقال: له صحبة، ولم يصح، بل هو ممن أسلم في حياة النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وانتقل من اليمن زمن الصديق، تولى قضاء الكوفة والبصرة، ويقال له: قاضي المِصرَين.

حدَّث عن: عمر، وعلي، وعبد الرحمن بن أبي بكر، وهو نزر الحديث. وحدث عنه: الشعبي، وإبراهيم النخعي، وابن سيرين، وغيرهم، ووثَّقه: يحيى بن معين. ينظر: «الطبقات الكبرى» (٦/ ١٣١)، و«أخبار القضاة» (٢/ ١٨٩)، و«سير أعلام النبلاء» (٤/ ١٠٠).

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٠٤)، و«الهداية» (١/ ١٩٩)، و«العناية» (٣/ ٣٢٧)، و«البناية» (٥/ ١٤٥).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٤٧٧)، و«المهذب» (٢/ ٤٧٦) و«نهاية المطلب» (١٣/ ١٨٤)، و«بحر المذهب» (٩/ ٤٥٩)، و«التهذيب» (٥/ ٥٢٥).



قال: وإذا زوَّج الرجلُ بنْتَه على أن يُزَوِّجَه الزوجُ[1] أُخْتَه أو بِنْتَه، فيكونَ أحدُ العقْدَيْنِ عِوَضًا عن الآخَرِ فالعَقْدانِ جائزانِ، ولكلٍّ واحدةٍ منهما مهْرُ مثْلِها.

وقال الشافعيُّ: العقدانِ باطِلانِ، ولو قال: زوجتُكَ أختي على أن تُزوِّجَني أختَكَ جاز العقدُ بلا خلافٍ[2].

لنا: قولُه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «لَا نِكَاحَ إِلَّا بِشُهُودٍ». وهو عامٌّ؛ ولأنه نكاحٌ مؤبَّدٌ فلا يُبْطِلُه الشرْطُ، أصلُه إذا قال: زَوِّجْنِي بنتَكَ على أن أُزَوِّجك بنتي، أو تزوَّجها على أن لا يُخْرِجَها مِن بلَدِها.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنه نهَى عن الشِّغارِ»[3]، ورُوِي: «لَا شِغَارَ فِي الإِسْلَامِ»[4]. والنهْيُ يُوجِبُ فسادَ المنْهِيِّ عنه.

---

(١) في (أ٢، ح، ش، غ، ل، ونسخة مشار إليها بحاشية ظ): «الرجل»، وفي (ي): «الآخر».

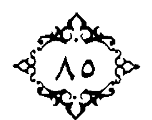
(٢) ينظر: «الأم» (٥/ ٨٣)، و«الحاوي» (٩/ ٣٢٤)، و«المهذب» (٢/ ٤٤٦)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٣٩٨)، و«بحر المذهب» (٩/ ٣١٦).

والفرق بين الصورتين: أنه في الأولى كان بضع كل واحدة منهما صداقًا للأخرى، فلم يصح النكاح، وأما الصورة الثانية فإنه يقول: زوَّجتك ابنتي على أن تزوِّجني ابنتك. صح النكاحان؛ لأنه لم يحصل التشريك في البضع وإنما حصل الفساد في الصداق، وهو أنه جعل الصداق أن يزوِّجه ابنته فبطل الصداق وصح النكاح.

(٣) أخرجه البخاري (٥١١٢) عن ابن عمر.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٣): «الشِّغَار بكسر الشين المعجمة، وفتح الغين المعجمة، وآخره راء مهملة: أن يزوج الرجل حريمته من رجل، ويزوجه الآخر حريمته، ولا مهر إلا هذا، قيل: من شغر الكلب، إذا رفع إحدى رجليه ليبول، سمي به لارتفاع المهر بينهما».

(٤) أخرجه مسلم (١٤١٥) عن ابن عمر.



قيل له: الشِّغارُ هو بدَل إحدى المرأتَيْنِ بالأُخرى لِيكونَ كلُّ واحدةٍ منهما صَداقَ الأُخْرى، وهذا مَنهِيٌّ عنه عندَنا، لا يَجوزُ أن يَصِحَّ على هذا الوجْهِ، بل يَنْعَقِدُ كلُّ واحدٍ مِن العقْدَيْنِ عندَنا بمهْرٍ صحيحٍ ويَبْطُلُ ما سَمَّياه[1] مِن الشِّغارِ.

فإن قيل: إذا ملَك الرجلُ البُضْعَ ثُم جعَله مهْرًا لابنتِه فقد أَشْرَك بينَهما فيه فصار كما لو زوَّجها مِن اثْنَيْنِ.

قيل له: هذا غَلَطٌ؛ لأن الأبَ ملَّك الزوجَ بُضْعَ ابنتِه، وجعَل مهْرَها منفعةً وصلَتْ إليه بالتزويجِ، فكأنه قال: زوجتُكَ بِنْتي على أن تَهَبَ لي هذا الثوبَ. فيَصِحُّ العقدُ ولا يفْسُدُ بالشرطِ، كذلك هذا.

وإذا ثبَت أن العَقْدَيْنِ جائزانِ، وإنما يَبْطُلُ ما جَعَلاه صداقًا، بَقِي العقدُ بغيرِ صداقٍ فوجَب مهْرُ المثْلِ.

قال: وإن تزوَّج حرٌّ امرأةً على خِدْمتِه سنةً، أو على تعليمِ القُرْآنِ فلها مهْرُ مثلِها.

وقال الشافعيُّ: كلُّ ما يَجوزُ أَخْذُ العِوَضِ عنه فإنه يكونُ مهْرًا[2].

دليلُنا: أن منفعةَ الحرِّ ليستْ بمالٍ، ولا يُستَحَقُّ بتسليمِها تسليمُ مالٍ فلا يكونُ مهْرًا كمنفعةِ البُضْعِ، وأما تعليمُ القرآنِ فلأنه ذِكْرٌ واجبٌ فتعليمُه لا يكونُ مهْرًا كتعليمِ الشهادَتَيْنِ.

---

(١) في (أ٢، ر): «سميناه».

(٢) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٨٠)، و«الحاوي» (٩/ ٣٩٦)، و«بحر المذهب» (٩/ ٣٨٣)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٢٤٩).



فإن قيل: إنها منفعةٌ يَجوزُ إجارتُها، فجاز أن تُجْعَلَ صداقًا كمنفعةِ العبدِ.

قيل له: منفعةُ العبدِ يتعلَّق بها حقُّ الغُرماءِ فجاز أن يكونَ مهْرًا، ومنفعةُ الحرِّ لا يتعلَّق بها حقُّ الغُرماءِ فلا يكونُ مهْرًا.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال[1] في قصةِ الواهِبَةِ: «زَوَّجْتُكَهَا بِمَا مَعَكَ مِنَ القُرْآنِ»[2].

قيل له: لا دليلَ فيه؛ لأنه قد رُوِي في بعضِ الأخبارِ أنه قال: «هَذَا لَكَ، وَلَا تَحِلُّ لِأَحَدٍ بَعْدَكَ»[3]. ولأنه قال: «بِمَا مَعَكَ». وما معه مِن القُرآنِ لا يكونُ مهرًا باتِّفاقٍ، وإنما عندَهم يكونُ مهْرًا إذا شَرَط[4] تعليمَها سورةً بعينها.

وقد روَى ابنُ سماعةَ: أنه لو تزوَّجها على أن يَرْعَى غنَمَها سنةً صَحَّ.

والصحيحُ على روايةِ الأصولِ: أنه لا يَصِحُّ كما لا يَصِحُّ في الخِدْمةِ.

قال: وإن تزوَّج عبدٌ حرَّةً بإذْنِ مولاهُ[5] على خِدْمتِه[6] سنةً جاز.

وذلك لأن منافعَ العبدِ يَستَحِقُّ بتسليمِها تسليمَ مالٍ، وهو الرقبةُ، فجاز أن يكونَ مهْرًا كما لو تزوَّجها على مالٍ.

(١) قال في حاشية (ح): «لسهل». (٢) تقدَّم.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور (٦٤٢)، ومن طريقه ابن الجوزي في «التحقيق» (٢/ ٢٨٣) عن أبي النعمان الأزدي. قال الحافظ ابن حجر في «فتح الباري» (٩/ ٢١٢): «وهذا مع إرساله فيه من لا يعرف».

(٤) في (ظ، ع): «اشترط».

(٥) في (أ، ل): «مولاها».

(٦) في (أ٢، ش): «خدمة»، وفي (ض): «خدمتها».



قال: وإذا اجتمَع في المجنونةِ أَبُوها وابنُها، فالوَلِيُّ في نكاحِها ابنُها عندَ [١]أبي حنيفةَ و[١]، [٢]أبي يوسفَ[٢]، وقال محمدٌ: أَبُوها[٣].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ[٤]، [٥]وهو قولُ أبي حنيفةَ[٥]: أنَّ الابنَ هو العصبةُ، والأَبُ معه ذُو سَهْمٍ فصار كالأخِ لِلْأُمِّ مع الأخِ مِن الأبِ والأُمِّ.

وقد روى مُعَلَّى، عن أبي يوسفَ أيضًا، أنه قال: أَيُّهما زوَّج جاز، وإن اجتَمعا قُلْتُ للأبِ زوِّجْ؛ لأن الابنَ مَنْهِيٌّ عن التقدُّمِ على أبيه.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الأبَ مِن قومِها والابنَ مِن غيرِ قومِها فكان الأَبُ أَوْلَى، ولأنَّ الأبَ أَوْلى بالتصرُّفِ في مالِها فصار كالأبِ والأخِ.

قال: ولا يَجوزُ نكاحُ العبدِ والأَمَةِ إلَّا بإذْنِ مولاهما.

أما الأَمَةُ فلأنَّ منافِعَ بُضْعِها على مِلْكِه فلا يَصِحُّ عقدُها عليها[٦] إلا بإذْنِه كسائرِ أَمْلاكِه، وأما العبدُ، فلا يَصِحُّ عقدُه أيضًا.

وقال مالِكٌ: يَصِحُّ[٧].

(١-١) من (ي، نسخة مختصر القدوري)، وهو الموافق لما في مصادر التخريج.

(٢-٢) ليس في (ق).

(٣) ينظر: «الهداية» (١/ ١٩٥)، و«العناية» (٣/ ٢٩٠)، و«البناية» (٥/ ١٠٥)، و«اللباب في شرح الكتاب» (٣/ ١٩).

(٤) في (ق): «أبي حنيفة».

(٥-٥) من (أ٢، ض).

(٦) في (أ٢، ر، س، غ): «عليه».

(٧) المعتمد عند المالكية أن العقد تقف صحتُه على إجازة السيد وله ردُّه. ينظر: «التاج والإكليل» =



لنا: قولُه صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «أَيُّمَا عَبْدٍ تَزَوَّجَ بِغَيْرِ إِذْنِ مَوْلَاهُ فَهُوَ عَاهِرٌ»[1]. ولأنه عقْدٌ فيه عِوَضٌ، فلا يَمْلِكُه العبدُ بغيرِ إذْنِ مولاه كالبيعِ.

قال: وإذا تزوَّج العبدُ بإذْنِ مولاهُ فالمَهْرُ دَيْنٌ في رقَبَتِه يُباع فيه.

وذلك لأنه دَيْنٌ لَزِم العبدَ بسببٍ يثبُتُ في حقِّه وحقِّ مولاه، وهذا على أَصْلِنا أن العبدَ يُباعُ في ديونِه.

وأمَّا المدبَّرُ والمكاتَبُ فيَسْعَيانِ[2] في المهْرِ؛ لأن دَيْنَ العبدِ يُسْتَوْفَى مِن رقبتِه، وقد تعذَّر الاستيفاءُ مِن الرقبةِ بالتدْبيرِ والكِتابةِ، فلم يَبْقَ إلا أن يُسْتَوفَى مِن الكسْبِ.

فأما ما لَزِم العبدَ مِن ذلك بغيرِ إذْنِ مولاه فإنه يُتْبَعُ به بعْدَ العِتْقِ؛ لأنه دَيْنٌ تعلَّق بسببٍ لم يثبُتْ في حقِّ المَوْلى، فصار كالدَّيْنِ الذي أَقَرَّ به العبدُ.

(٥/ ٩٨)، و«مواهب الجليل» (٣/ ٤٥٥)، و«الفواكه الدواني» (٢/ ١٣)، و«الشرح الكبير» (٢/ ٢٤٣).

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٧٨)، والترمذي (١١١١)، والحاكم (٢/ ١٩٤) من طريق عبد اللَّه بن محمد بن عقيل، عن جابر به. قال الترمذي: «حديث حسن، وروى بعضهم هذا الحديث، عن عبد اللَّه بن محمد بن عقيل، عن ابن عمر، عن النبي صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ، ولا يصح، والصحيح عن عبد اللَّه بن محمد بن عقيل، عن جابر». وقال الحاكم: «صحيح الإسناد ولم يخرجاه». ينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٠٣).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٤): «العاهر بالمهملة: الزاني، يقال: عهر إلى المرأة عهرًا وعهورًا، من باب منع، إذا أتاها ليلًا للفجور بها، ثم غلب على الزنا مطلقًا».

(٢) في (أ، أ٢، ر، س، ش، ض، ظ، ع، غ، ل): «فيسعون»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «الهداية» (١/ ٢٠٩)، و«العناية» (٣/ ٣٩٢)، و«البناية» (٥/ ٢١١).



قال: وإذا زوَّج أمتَه فليس عليه أن يُبَوِّئَها (1) بيتَ الزوْجِ (1)، ولكنها تَخْدِمُ المَوْلى، ويُقالُ للزوْجِ: متى ظَفِرْتَ بها وَطِئْتَها.

وذلك لأن المولى عقَد على منافعِ بُضْعِها، ومنافعُ أعضائها له، فلو لَزِمَته التَّبْوِئةُ لاستَحَقَّ عليه منافعَ أعضائها، ولم يَعْقِدْ عليها، وذلك لا يَجُوزُ.

والتَّبْوِئةَ أن يُخَلِّيَ بينَ الأَمَةِ وبَينَ زَوْجِها في منزِلِه ولا يستَخْدِمها، وإذا ثبَت أنه لا يَلْزَمُه التَّبْوِئةُ، وحقُّ الزوجِ ثابتٌ في منافِعِ البُضْعِ، قيل له: اسْتَوْفِها أيَّ وقْتٍ قدَرْتَ عليها.

قال: وإذا تزوَّجها على ألفِ دِرْهمٍ على أن لا يُخْرِجَها مِن البلدِ، أو على أن لا يَتزوَّجَ عليها، فإنْ وفَى بالشرْطِ فلها المُسمَّى، وإن تزوَّج عليها أو أَخْرَجها (2) من البلدِ (2)، فلها مهْرُ مِثْلِها.

يَعْنِي: إذا كانتِ التسميةُ أقلَّ مِن مهْرِ المثْلِ، وقال زفرُ: ليس لها إلا ما سمَّى[3].

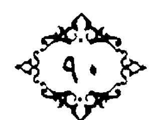
وجْهُ قولِ أصحابِنا: أنها لم تَرْضَ بالتسميةِ عِوَضًا إلا بمنفعةٍ أُخْرى، فإذا لم تُسَلَّمْ لها وجَب تمامُ مهْرِ مثلِها، كما لو شرَط أن يُهْدِيَ لها هَدِيَّةً.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن ما ليس بمالٍ لا يُتَقَوَّمُ، فلا يَجِبُ الرجوعُ بِعِوَضٍ عند فواتِه، وما هو مالٌ يُتَقَوَّمُ، فإذا لم يُسَلَّمْ لها ....

(1-1) في (أ، ض، ع، غ، ل، ي): «بيتًا للزوج».

(2-2) من (أ2، ح، ي، ونسخة مختصر القدوري).

(3) ينظر: «الهداية» (1/ 202)، و«العناية» (3/ 350)، و«البناية» (5/ 165)، ولم أقف عندهم على قول زفر.



جاز أن يُرْجِعَ[1] التسميةَ[2] إلى تمامِ العِوَضِ.

قال: وإذا تزوَّجها على حيوانٍ غيرِ موصوفٍ صحَّتِ التسميةُ، ولها الوَسَطُ منه [3]والزوجُ مُخيَّرٌ إن شاءَ أعطاها ذلك، وإن شاءَ أعطاها قيمَتَه[3].

وقال الشافعيُّ: التسميةُ باطلةٌ ولها مهْرُ مثْلِها[4].

أما الدليلُ على جوازِ التسميةِ: فلأنه بدَلٌ عمَّا ليس بمالٍ، فإذا ثبَت به الحيوانُ في الذِّمَّةِ جاز أن يثْبُتَ مطْلَقًا كالدِّيَاتِ؛ ولأن جهالةَ العبدِ الوَسَطَ كجهالةِ مهْرِ المثْلِ أو أقلَّ، فإذا كانت تلك الجهالةُ لا تَمْنَعُ صحةَ البدَلِ فكذلك هذه.

فإن قيل: تسميةٌ مجهولةٌ فلا يثبُتُ في النكاحِ كالدارِ والثوبِ.

قيل له: الثوبُ مجهولُ الجنسِ والصفةِ، ومهْرُ المثْلِ مجهولُ القَدْرِ ومعلومُ الصفةِ، فكان الرجوعُ إلى مهْرِ المثْلِ أَعْدَلَ، وفي مسألتِنا الجنسُ معلومٌ وإنما الجهالةُ في الصفةِ، وهذه الجهالةُ دُونَ جهالةِ مهْرِ المثْلِ، ألا تَرى أن القاضِيَ لا يَحتاجُ إلى أكثرَ مِن اعتبارِ أَعْلَى[5] العبيدِ وأَدْوَنِها لِيُوجِبَ الوَسَطَ، وفي مهْرِ المثْلِ يَحتاجُ إلى اعتبارِ مهْرِ نسائِها ثُم يَعْتَبِرُ الوَسَطَ، فلو انتقَلْنا عن المسمَّى المجهولِ لانْتَقَلْنا إلى ما هو أكثرُ جهالةً.

---

(١) في (ش): «ترجع».

(٢) ليس في (أ، أ٢، ع)، وفي (ح): «تسميته».

(٣-٣) من (ي، نسخة مختصر القدوري)، وهو الموافق لما في «الهداية» (١/ ٢٠٣)، و«العناية» (٣/ ٣٥٤)، و«البناية» (٥/ ١٦٩) و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١٨).

(٤) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٨٧)، و«المهذب» (٢/ ٤٧٣)، و«بحر المذهب» (٩/ ٨٤)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٢٦٤).

(٥) بعده في (ح): «قيمة».

وهذا لا يَصِحُّ، والخيارُ في ذلك إلى الزوجِ؛ لأن الحيوانَ لا يثْبُتُ في الذِّمَّةِ ثبوتًا صحيحًا، ألا ترى أن مُسْتَهْلِكَه لا يَلْزَمُه مثْلُه، فيُخَيَّرُ مَن لَزِمه بينَ تسليمِه أو تسليمِ قيمتِه كالدِّيَةِ.

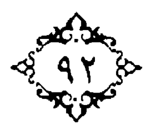
قال: ولو تزوَّجها على ثوبٍ غيرِ موصوفٍ كان لها مهْرُ مثْلِها.

وذلك لأن الجهالةَ في الأعواضِ تَمْنَعُ صحةَ العِوَضِ[1] بدلالةِ البيعِ والإجارةِ، وإنما سُومِح في المهْرِ[2] بقَدْرٍ مِن الجهالةِ، ألا تَرَى أن النكاحَ الصحيحَ يثْبُتُ فيه مهْرُ المثْلِ، وهو مجهولٌ، ضَرْبًا مِن الجهالةِ، فكلُّ جهالةٍ في المهْرِ، كجهالةِ مهْرِ المثْلِ أو أقلَّ، [3]فهو مَسْمُوحٌ[3] بها[4]، وكلُّ جهالةٍ تَزِيدُ على جهالةِ مهْرِ المثْلِ فإنها تَمْنَعُ صحةَ التسميةِ قياسًا على سائرِ الأبدالِ[5].

وإذا ثبَت هذا الأصلُ، قُلْنا: جهالةُ ثوبٍ[6] أكثرُ جهالةً مِن جهالةِ مهْرِ المثْلِ؛ لأن الثوبَ يَقَعُ على القُطْنِ، والكَتَّانِ، والخَزِّ، والإبْرَيسم[7]، وهي مختلِفةٌ وأنواعُها مختلِفةٌ، وهذه الجهالةُ أكثرُ مِن جهالةِ مهْرِ المثْلِ فمنَعتْ مِن صحةِ التسميةِ، وإذا بطَلَتِ التسميةُ وجَب مهْرُ المثْلِ؛ لأنه مُوجَبُ العقدِ، وإنما يُنتَقَلُ عنه بالتسميةِ الصحيحةِ ولم يُوجَدْ[8].

---

(١) في (أ٢، ح، غ): «العقد».
(٢) في (أ٢، ح): «مهر المثل».
(٣-٣) في (أ٢، ح): «سومح»، وفي (غ): «فسومح».
(٤) في (أ، ع، ل، ي): «بهما».
(٥) في (س): «الأموال».
(٦) في (أ٢، ح، ع): «الثوب»، وفي (ض): «للثوب».
(٧) الخز: من الثِّياب مَا يُنسَج مِن صوف وإبريسم، وما يُنسج مِن إبريسم خالصٍ، والإبريسم: أحسن الحرير. ينظر: «المعجم الوسيط» (١/ ٢٣١، ٢).
(٨) في (أ، ح): «توجد».



قال: ونكاحُ المتعةِ والنكاحُ المُؤَقَّتُ باطِلٌ.

أما بُطْلانُ المتعةِ، فلِما رُوِي عن عبدِ اللَّهِ، والحسَنِ ابنا محمدِ بنِ الحنفيَّةِ، عن أبيهما، عن جدِّهما: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حرَّم في يومِ خيبرَ متعةَ النِّساءِ، ولحومَ الحُمُرِ الأَهْلِيَّةِ»[1]، ورُوِي عن عليِّ بنِ الحسينِ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أباحَها أيَّامًا»[2]، وقد رُوِي: «أن عمرَ بنَ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ صَعِد المنبرَ، فحَمِد اللَّهَ، وأَثْنَى عليه، ثم قال: ما بالُ رجالٍ يُبِيحُونَ هذه المتعةَ وقد نَهَى عنها رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، لا أَجِدُ أحدًا يُبِيحُها[3] إلا رجمتُه بالحجارةِ»[4].

وأما إذا تزوَّج امرأةً إلى مدَّةٍ معلومةٍ فالنكاحُ أيضًا باطِلٌ، وهذه المتعةُ، وقال زفرُ: النكاح جائزٌ وهو مؤبَّدٌ، والشرْطُ باطِلٌ[5].

لنا: أنه لا يَخْلُو إما أن يَصِحَّ العقدُ في[6] المدَّةِ[7] دُونَ غيرِها، وهذا معْنى المتعةِ، أو يَصِحَّ في المدَّةِ وما بعدَها فيَسْتَحِقَّ البُضْعَ عليها بغيرِ رضاها، وهذا لا يَصِحُّ؛ ولأن المتعةَ هو الاستمتاعُ المؤجَّلُ، وهذا موجودٌ وإن عُبِّر عنه بلفظِ النكاحِ، والعقودُ لا تَخْتَلِفُ باختِلافِ الألفاظِ إذا وُجِدتْ معانِيها.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٢١٦)، ومسلم (١٤٠٧) عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

(٢) لم أهتد إليه.

(٣) في (أ، ح، ع) «ينكحها»، وفي (ظ) «بنكاحها»، وأشار في حاشية (ح) أنها كالمثبت في نسخة.

(٤) أخرجه مسلم (١٢١٧) من حديث جابر، وابن ماجه (١٩٦٣) من حديث ابن عمر.

(٥) ينظر: «المبسوط» (٥/ ١٥٣)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٢٧٣)، و«البحر الرائق» (٣/ ١١٦).

(٦) بعده في (ض): «هذه».

(٧) في (أ٢، ح، غ): «مدة».



وجْهُ قولِ زفرَ: أنه نكاحٌ شُرِط فيه شرْطٌ فاسدٌ فلا يَبْطُلُ كما لو تزوَّجها على أن يُطلِّقَها بعْدَ عشرةِ أيامٍ، وهذا لا يَصِحُّ لأنه أبَّد النكاحَ، وإنما شرَط قطْعَه بذِكْرِ الطلاقِ، والنكاحُ المؤبَّدُ لا يُبْطِلُه الشرْطُ.

قال: وتزويجُ[1] العبدِ والأَمَةِ بغيرِ إذْنِ مولاهما موقوفٌ، فإن أجازه المَوْلَى جاز، وإن ردَّه بطَل، وكذلك لو زوَّج امرأةً بغيرِ رضاها أو رجلًا بغيرِ رِضاه.

يعني: أنه يَقِفُ[2] على الإجازةِ[3]، وقال الشافعيُّ: لا يَقِفُ ولا يَنْعَقِدُ[4].

دليلُنا: ما رُوِيَ عن عروةَ بنِ الزبيرِ، عن أُمِّ حبيبةَ: «أن النجاشِيَّ زوَّجها بالحبشةِ مِن رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على صداقِ أربعةِ آلافِ[5]، وكتَب بذلك إلى رسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقَبِل[6]». ذكَره أبو بكرٍ الرازيُّ بإسنادِه، عن أبي داودَ[7].

(١) في (ض، ظ): «تزوج».

(٢) في (س): «وقف».

(٣) ينظر: «الهداية» (١/ ١٩٧)، و«العناية» (٣/ ٣٠٧)، و«البناية» (٥/ ١٢٣)، و«البحر الرائق» (٣/ ١٤٧).

(٤) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٦٩)، و«الحاوي» (٩/ ١٩٤)، و«بحر المذهب» (٩/ ١٩١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ١٠١).

(٥) بعده في (أ٢، ح، غ): «درهم»، وهو الموافق لإحدى روايتي أبي داود.

(٦) في (أ٢، غ): «فقبله»، وفي (س): «فقيل»، ورسمت في (ض، ظ) بغير نقط الباء، والمثبت موافق لإحدى روايتي أبي داود.

(٧) أخرجه أبو داود (٢٠١٨)، ومن طريقه أبو بكر الرازي في «شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٢٨٧).

والحديث أخرجه كذلك أبو داود (٢١٠٧)، والنسائي (٣٣٥٠)، والحاكم (٢/ ١٨١). وقال الحاكم: «صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه».

فإن قيل: قد رُوِي: «أن عمرَو بنَ أُمَيَّةَ الضَّمْرِيَّ قَبِل عن النبيِّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وكان وَكِيلًا له، وجَّهه إلى الحبشةِ في نكاحِها»(١).

قيل له: لو كان كذلك لم يَحْتَجِ النبيُّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إلى القبولِ(٢)، (٣ولأنه عقدٌ٣) له مُجِيزٌ(٤) حالَ وقوعِه، فجاز أن يَقِفَ على إجازةِ مُجِيزِه، أصلُه الوصيةُ بجميعِ المالِ، ولأن الإيجابَ والقبولَ كلُّ واحدٍ منهما يَقِفُ على الآخَرِ، فجاز أن يَقِفا على معنًى يَنْضَمُّ إليهما، كشهادةِ الشاهِدَيْنِ لما وقفَتْ شهادةُ كلِّ واحدٍ منهما على شهادةِ الآخَرِ، جاز أن يَقِفَ شهادتُهما على فِعْلِ الحاكِمِ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّىٰ اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نَكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»(٥).

قيل له: لا دليلَ فيه؛ لأنه أَبْطَلَ العقدَ لاستبدادِها به على الوَلِيِّ وتَرْكِ الرجوعِ إليه وإلى إذْنِه، فهذا يقتَضِي أنه إذا رَضِي به وأَذِن فيه بعْدَ انعقادِه صَحَّ لزوالِ المعْنى الموجِبِ لِبُطْلَانِه.

فإن قيل: إنه نكاحٌ لا يتعقَّبُه الاستباحةُ فوجَب أن يكونَ باطِلًا كنكاحِ المعتدَّةِ.

قيل له: هذا يَبْطُلُ بِمَنْ تزوَّج بصغيرةٍ(٦) فالعقدُ صحيحٌ ولا يتعقَّبُه الاستباحةُ،

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ٢٢)، والبيهقي (٧/ ١٣٩) عن محمد بن علي بن حسين مرسلًا. وفي إسناد الحاكم محمد بن عمر الواقدي وهو متروك.

(٢) قال في حاشية (ح) أنه في نسخة: «إجازة».

(٣-٣) في (ح): «لأنه عقده»، وفي (ي): «ولأن العقد».

(٤) بعده في (أ٢، ح، غ): «في».

(٥) تقدَّم.

(٦) في (ح، ظ): «صغيرة».



والمعْنى في الأصلِ[١] أن العقدَ لا يَصِحُّ بالتراضِي[٢]، فلم يَصِحَّ بغيرِ رضًا[٣]، وفي مسألتِنا يَصِحُّ العقدُ إذا قارَنه الرضا كذلك إذا تأخَّر عنه.

وإذا ثبَت أن العقدَ إذا عقَده مَن لا يَمْلِكُه وقَف على مَن يَمْلِكُه، قُلْنا: العبدُ والأَمَةُ لا يَمْلِكانِ العقدَ بغيرِ إذْنِ المولَى، فإذا عُقِد أُوقِف على المولى، فإذا أجازه جاز واستندَتْ إجازتُه إلى العقدِ وصار كأنه عُقِدَ بإذنِه، وكذلك الأجنبيُّ إذا زوَّج رجلًا وامْرأةً بغيرِ إذنِهما وقَف على إجازتِهما.

وقد قال أصحابُنا: إذا تزوَّج العبدُ بغيرِ إذْنِ مولاه ودخَل بها، ثم أجاز المولى النكاحَ فالقياسُ أن يَلْزَمَه مهْرٌ[٤] بالدخولِ ومهْرٌ بالإجازةِ؛ وذلك لأن الدخولَ في النكاحِ الموقوفِ كالدخولِ في النكاحِ الفاسدِ، فيَجِبُ به مهْرُ المثْلِ.

فإذا أجاز العقدَ وجَب بالعقدِ الصحيحِ مهْرٌ آخَرُ، وصار كمَن تزوَّج امرأةً نكاحًا فاسِدًا ودخَل بها، ثم تزوَّجها نكاحًا صحيحًا فيَلْزَمُه مهْرانِ، والاستحسانُ أن لا يَلْزَمَه إلا مهْرٌ واحدٌ؛ لأن مهْرَ المثْلِ لو وجَب لتعلَّق بحكْمِ العقدِ، ألا تَرى أنه لولا العقدُ لوجَب به الحدُّ، والمسمَّى يَجِبُ بالعقدِ أيضًا، فلو اجْتَمَعا لأَوْجَب العقدُ الواحدُ مَهْرَيْنِ، وهذا لا يَصِحُّ[٥].

قال: ويَجُوزُ لابنِ العَمِّ أن يُزَوِّجَ بنتَ عمِّه مِن نفْسِه.

(١) قال في حاشية (ح): «أي: في مسألة نكاح المعتدة».
(٢) قال في حاشية (ح): «أي: برضا زوج المعتدة».
(٣) في (أ٢، غ): «رضاه».
(٤) بعده في (س): «المثل».
(٥) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٢٧٥)، و«المبسوط» (٥/ ١٢٨)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ١٢٩).

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ والنكاحُ يَنْعَقِدُ عندَنا بالواحِدِ، وكذلك إذا وكَّل رجلٌ رجلًا أن يُزَوِّجَه امرأةً ووكَّلَتْه المرأةُ بذلك فعقَد لهما جاز.

وقال زفرُ: لا يَنْعَقِدُ النكاحُ بالواحِدِ(١). وقال الشافعيُّ: إن كان وَلِيًّا لهما جاز، مثْلُ الجَدِّ يُزوِّجُ بنتَ ابنِه مِن ابنِ ابنِه، وإن كان وكيلًا لم يَجُزْ(٢).

دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِّنَ النِّسَاءِ﴾ [النساء:٣]. قالت عائشةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «نزلَتْ هذه الآيةُ في شأنِ اليتيمةِ تكونُ في حَجْرِ وَلِيِّها فيرْغَبُ في مالِها وجمالِها ولا يُقْسِطُ لها في مهْرِها، فنُهُوا أن يَنكِحُوهُنَّ، أو يَبْلُغوا بِهِنَّ (٣أعْلى سُنَّتِهِنَّ٣) في الصَّداقِ»(٤). وهذا يدُلُّ على جوازِ تزويجِ ابنِ العَمِّ بنتَ عمِّه مِن نفْسِه.

ولِما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَعْتَق صفيةَ بنتَ حُيَيِّ بنِ أَخْطَبَ وتزوَّجها، وجعَل عِتْقَها صَداقَها»(٥)، فأضاف العقدَ إليه وهو وَلِيُّها بالولاءِ، ولأنه يَمْلِكُ إيجابَ النكاحِ وقبولَه، فجاز أن يَنْفَرِدَ بعقدِه، كالمولى إذا زوَّج أَمَتَه مِن عبدِه، والجدِّ إذا زوَّج بنتَ ابنِه مِن ابنِ ابنِه.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «كُلُّ نِكاحٍ لَمْ يَحْضُرْهُ أَرْبَعَةٌ

---

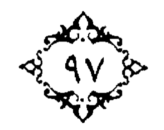
(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٣١)، و«الهداية» (١/ ١٩٧)، و«العناية» (٣/ ٣٠٥).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٦٩)، و«بحر المذهب» (٩/ ٦٦)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٧٠) و«النجم الوهاج» (٧/ ١١٣).

(٣) في (أ): «أعلاهنَّ»، وفي (ح): «أعلى مرتبتهن».

(٤) أخرجه البخاري (٢٤٩٤)، ومسلم (٣٠١٨) بلفظ: «فَنُهُوا أَن يَنكِحُوهُنَّ إلاَّ أَن يُقسِطُوا لَهُنَّ، وَيَبلُغُوا بِهِنَّ أَعلَى سُنَّتِهِنَّ مِنَ الصَّدَاقِ».

(٥) أخرجه البخاري (٥٠٨٦)، ومسلم (١٣٦٥/ ٨٥) عن أنس.



فَهُوَ سِفَاحٌ؛ الوَلِيُّ، وَالخَاطِبُ، وَالشَّاهِدَانِ»[1].

قيل له: هذا الخبرُ مَطْعُونٌ في رَاوِيهِ، ولو صحَّ فالمرادُ به كلُّ نكاحٍ لم يَحْضُرْهُ أربعةٌ موصوفون بهذه الصفةِ، فإذا اجتمعَتِ الصفاتُ[2] في واحدٍ فقد حضَر أربعةٌ؛ يُبيِّنُ ذلك قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَلْحِقُوا الفَرَائِضَ بِأَهْلِهَا فَمَا أَبْقَتِ الفرائضُ[3] فَلِأَوْلَى عَصَبَةٍ ذَكَرٍ»[4].

ثم جاز أن يستَحِقَّ الواحدُ الفَرْضَ والتعصيبَ لاجتماعِ الصفتَيْنِ فيه، وإن لم يُوجَدِ العَدَدُ[5]، كذلك هذا، وإنما ذكَر العددَ؛ لأن الغالِبَ أنَّ الوَلِيَّ غيرُ الزوجِ، فخرَج الكلامُ على الغالِبِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن العقدَ لا يَنْفَرِدُ به الواحدُ كالبيعِ.

قال: وإذا أَذِنَتِ المرأةُ لرجُلٍ أن يُزَوِّجَها[6] مِن نفْسِه، فعقَد[7] بحَضْرَةِ شاهِدَيْنِ جاز.

---

(١) أخرجه بنحوه الدارقطني (٣٥٢٩) عن عائشة. وفي إسناده أبو الخصيب نافع بن ميسرة. قال الدارقطني: «مجهول». وقال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ١٨٧): «هذا حديث منكر، والأشبه أن يكون موضوعًا».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٤): «السِّفاح بكسر السين المهملة، بعدها فاء، وآخره حاء مهملة: الزنا، مأخوذ من سفحت الماء، إذا صببته».

(٢) في (أ، ر، س، ش، ظ، ع، غ، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «الصفتان»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «التجريد» (٩/ ٤٣٤٤).

(٣) ليس في (ح).

(٤) أخرجه البخاري (٦٧٣٧)، مسلم (١٦١٥) عن ابن عباس.

(٥) في (س): «العقد».

(٦) في (س): «يتزوَّجها».

(٧) في (ح): «فعقده».



وهذا على ما بَيَّنَّا أن عقْدَ النكاحِ يَجوزُ أن يَنْعَقِدَ بالواحدِ إذا ملَك الإيجابَ والقبولَ.

قال: وإذا ضَمِن الوَلِيُّ المهْرَ صحَّ ضمانُه، وللمَرْأةِ الخيارُ في مطالبةِ زوجِها أو وَلِيِّها.

وذلك لأنه دَيْنٌ لها لا يَمْلِكُ الوَلِيُّ قبْضَه إلا بإذنِها فصحَّ ضمانُه كسائرِ ديونِها؛ ولأنه لمَّا لم يَمْلِكْ قبْضَه إلا بإذنِها صار كالأجنبيِّ، ولو ضَمِن المهْرَ أجنبيٌّ صحَّ، وكان للمرأةِ مطالبتُه أو مطالبةُ الزوجِ، كذلك هذا.

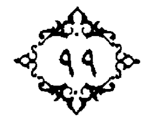
ولا يُشبِه الوكيلَ بالبيعِ إذا ضَمِن الثمنَ عن المشتَرِي أنه لا يَجوزُ؛ لأن حقوقَ البيعِ تتعلَّقُ بالوكيلِ، والثمنُ مِن حكْمِه أن يكونَ أمانةً في يدِ الوكيلِ، فإذا ضَمِن صار مضمُونًا، وهذا ضِدُّ الأمانةِ فلم يَصِحَّ، وفي النكاحِ حقوقُ العقدِ لا تتعلَّقُ بالوَلِيِّ فلا يؤدِّي إلى ذلك.

قال: وإذا فرَّق القاضِي بينَ الزوجَيْنِ في النكاحِ الفاسِدِ قبْلَ الدخُولِ فلا مهْرَ لها.

وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَيُّمَا امْرَأَةٍ نكَحَتْ بِغَيْرِ إِذْنِ وَلِيِّهَا فَنِكَاحُهَا بَاطِلٌ»[1]. فإن دخَل بها، فلها المهْرُ بما استَحَلَّ[2]، فبيَّن أن المهْرَ يُسْتَحَقُّ في النكاحِ بالدخولِ دُونَ العقدِ، ولأن العقدَ الفاسِدَ لا يَمْلِكُ به الاستباحةَ، فلَزِم القاضِي أن يُفرِّقَ بينَهما لِئَلَّا يؤدِّي إلى ارتكابِ محظورٍ اغترارًا بالعقدِ، فإذا

(١) تقدَّم.

(٢) بعده في (أ٢، ر، س، ض): «من فرجها».



فرَّق بينَهما قبْل الدخولِ فلا مهْرَ لها؛ لأن البُضْعَ لم يَمْلِكْه الزوجُ بهذا العقدِ فلا يَجِبُ لها شيءٌ في مقابلتِه.

قال: وكذلك بعْدَ الخَلْوةِ.

وذلك لأن الخَلْوةَ إنما تُوجِبُ استقرارَ البدَلِ في العقدِ الصحيحِ؛ لأنها مُوجَبةٌ به كالوطءِ، والعقدُ الفاسدُ لا يَجِبُ به بدَلٌ فيستَقِرُّ بالخَلْوةِ؛ ولأن العقدَ الفاسِدَ أيضًا لا يُوجِبُ الخَلْوةَ فكان وجودُها كعدمِها.

قال: فإن دخَل بها فلها مهْرُ مثلِها لا يُزادُ على المسمَّى.

أما وجوبُ المهْرِ[1] فلقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «فَلَهَا المَهْرُ بِمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا»[2]. ولأنه أَتْلَفَ المعقودَ بعقدٍ فاسدٍ فلَزِمه قيمتُه، كالمشتَرِي إذا أَتْلَفَ المبيعَ بعقدٍ فاسدٍ، وإذا لَزِمه قيمةُ البُضْعِ فقيمةُ البُضْعِ هو مهْرُ المثْلِ.

وأما قولُه: لا يُزاد على المسمَّى. فهو قولُ أصحابِنا، وقال زفرُ: يَجِبُ مهْرُ المثْلِ بالِغًا ما بلَغ[3]. وبه قال الشافعيُّ[4].

وجْهُ قولِ أصحابِنا: أن المنافِعَ عندَنا لا تتقوَّمُ إلا بعقْدٍ أو شبهةِ عقْدٍ، وقد قوَّماها بالمسمَّى، وما زاد عليه قد تراضَيا بإسقاطِه، فلم يَجِبْ كما لو تَراضَيا بإسقاطِ جميعِ القيمةِ.

---

(١) في (أ، ع، ل، ي): «المسمَّى».

(٢) تقدَّم.

(٣) ينظر: «الهداية» (١/ ٢٠٥)، و«العناية» (٣/ ٣٦٤)، و«البناية» (٥/ ١٨١).

(٤) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٤٧)، و«بحر المذهب» (٩/ ٤٣).



وجْهُ قولِ زفرَ: ما وجَب تقويمُه بالعقْدِ الصحيحِ والفاسدِ فإنه يَجِبُ تقويمُه بالعقدِ الفاسدِ قيمةً كاملةً، أصلُه الأعيانُ.

والجوابُ: أن الأعيانَ مُقَوَّمةٌ[1] بأنْفُسِها[2] فلا مُعْتبَرَ بالعقدِ في تقويمِها، والمنافعُ غيرُ مُقوَّمةٍ[3] بنفسِها، وإنما تتقوَّمُ بالعقدِ فوجَب اعتبارُ المقدارِ الذي قوَّماه دُونَ ما زاد عليه.

قال: وعليها العِدَّةُ.

وذلك لأنها تستَحِقُّ المهْرَ فلَزِمها العدَّةُ كالعقدِ الصحيحِ.

قال: ويثبُتُ نسَبُ ولدِها.

وذلك لأنها تستَحِقُّ المهْرَ ويَلْزَمُها العدَّةُ، فيثبُتُ نسَبُ ولدِها، أصلُه مَن عُقِد عليها عقْدٌ صحيحٌ.

قال: ومهْرُ مثلِها[4] يُعْتبَرُ بأخواتِها، وعمَّاتِها، وبناتِ عمِّها، ولا يُعْتبَرُ بأُمِّها وخالتِها إذا لم يكونا مِن قَبيلتِها.

وذلك لأنها مِن قومِ الأبِ ومنسوبةٌ إليهم، ألا ترَى أنها تَشْرُفُ بشَرَفِ أبيها دُونَ شَرَفِ أُمِّها، فكان الاعتبارُ بِمَنْ هو مِن قَبيلةِ الأبِ مِن نسائِها.

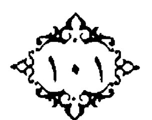
---

(١) في (ر، س): «متقوِّمة».

(٢) في (ح، ل، ي): «بنفسها».

(٣) في (ر، س، ش، غ): «متقوِّمة».

(٤) في (س): «المثل».



قال: ويُعْتبَرُ في مَهرِ المِثْلِ أن تتساوَى[1] المَرْأتانِ في السِّنِّ[2]، والجمالِ، والمالِ، والدِّينِ، والعقْلِ، والبلَدِ، والعَصْرِ.

وذلك لأن صفاتِ المرأةِ يُزادُ في المهْرِ لأَجْلِها، فكانت مُعْتبَرةً كما تُعْتبَرُ صفاتُ السِّلعةِ المقصودةِ عندَ تقويمِها، فأما اعتبارُ البلدِ والعَصْرِ، فإنه يُعْتبَرُ بنسائِها في بلَدِها وعَصْرِها؛ وذلك لأن هذا تقويمٌ للبُضْعِ، والتقويمُ يُعْتبَرُ بالموضعِ الذي يَقَعُ فيه التقويمُ وبالعصرِ أيضًا، أصلُه السِّلْعةُ المُسْتَهْلَكَةُ.

قال: ويَجوزُ تزويجُ الأَمَةِ؛ مسلمةً كانتْ، أو كِتابيةً.

أما الأَمَةُ المسلِمةُ فلا خلافَ في جوازِ نكاحِها؛ ولأنها مسلِمةٌ فجاز للمُسْلِمِ تزويجُها كالحرَّةِ، وأما الأمةُ الكتابيةُ، فقال أصحابُنا: يَجوزُ للمُسْلِمِ أن يتزوَّجها[3]. وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[4].

وهل يَجوزُ للكافرِ أن يتزوَّجها ؟ فيه وجهان.

لنا: قولُه تعالى بعْدَ ذِكْرِ المحرَّماتِ: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم مُّحْصِنِينَ غَيْرَ مُسَٰفِحِينَ﴾[النساء: ٢٤]. ولم يُفصِّلْ، ولأنه يَجوزُ وطؤُها بملْكِ اليمينِ، فجاز للمسلِمِ وطؤُها بالنكاحِ[5] كالأَمَةِ المسلِمةِ.

---

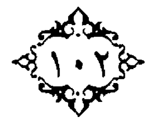
(١) في (أ٢): «تتساوى»، وفي (ض، ي): «يتساويا».

(٢) في (ل): «اليسر».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٧٠)، و«الهداية» (١/ ١٨٩)، و«العناية» (٣/ ٢٣٤).

(٤) ينظر: «الأم» (٥/ ٩)، و«الحاوي» (٩/ ٢٤٤)، و«المهذب» (٢/ ٤٤٣)، و«بحر المذهب» (٩/ ٢٤٠).

(٥) ليس في (ش)، وفي (ح): «بملك النكاح».



فإن قيل: أَمَةٌ كافرةٌ، فلا يَحِلُّ[1] للمسلِمِ تزويجُها كالمجوسيةِ.

قيل له: المجوسيةُ لا يَجوزُ وطؤُها بملْكِ اليمينِ، ولا يَحِلُّ أكْلُ ذبيحتِها، فلم يَصِحَّ نكاحُها، والكتابِيَّةُ بخلافِ ذلك.

قال: ولا يتزوَّجُ[2] أَمَةً على حُرَّةٍ، ويَجوزُ تزويجُ الحُرَّةِ عليها.

والأصلُ في ذلك ما رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لَا تُنْكَحُ الأَمَةُ عَلَى الحُرَّةِ»[3]. قال عليٌّ: «وتُنْكَحُ الحرَّةُ على الأَمَةِ، وللحُرَّةِ الثلثانِ مِن القَسْمِ، وللأَمَةِ الثلثُ»[4].

قال: ولِلْحُرِّ أنْ يتزوَّجَ أَرْبعًا مِن الحرائرِ والإماءِ.

أما جوازُ أربعةٍ مِن الحرائرِ: فلقولِه تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾ [النساء:٣]. معناه: أو ثلاثٌ، أو رُباعٌ، ولا يَجوزُ أن يُحْمَلَ ذلك على الجمْعِ؛ لأنه عِيٌّ في الكلامِ[5].

قال الفراءُ: هذا عِيٌّ لا فصاحةَ فيه؛ لأن العربَ إذا أرادتْ أن تُعبِّرَ عن التسعةِ

---

(١) في (ح، ش): «يجوز».
(٢) في (ح، ر): «تتزوَّج».
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٣٢٥)، والدارقطني (٣٧٣٧) عن علي موقوفًا. وقال الحافظ ابن حجر في «التلخيص الحبير» (٣/ ٣٥٢): «سنده حسن».
(٤) أخرجه سعيد بن منصور (٧٢٥)، والدارقطني (٣٧٣٨).
(٥) قال في حاشية (ح): «حرٌّ تزوج عشر نسوة بغير إذنهن، فبلغهن فأجزن جميعًا، جاز نكاح التاسعة والعاشرة؛ لأنه لما تزوج الخامسة كان ذلك ردًّا لنكاح الأربعة الأول، فلما تزوج التاسعة كان ذلك ردا لنكاح الأربعة الأخر، فبقي نكاح التاسعة والعاشرة موقوفًا على إجازتهما. ولوالجي».



لا تقولُ: مَثْنَى وثُلاثَ ورُباعَ. وليس في كلامِ الحكيمِ عِيٌّ[1].

وأما جوازُ نكاحِ الحرِّ لأربعٍ مِن الإماءِ، خلافًا للشافعيِّ: أنه لا يَجوزُ أكثرُ مِن واحدةٍ[2]، فلقولِه تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم﴾ [النساء: ٢٥]. ولم يُفَصِّلْ، ولأن مَن جاز له أن يتزوَّج أَمَةً جاز له أن يتزوَّج أَمَتَيْنِ، أصلُه العبدُ[3].

فإن قيل: قال اللَّه تعالى: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾ [النساء: ٢٥]. فشَرَط في جوازِ نكاحِ الأمةِ خوفَ الزِّنى، ومَن تزوَّج واحدةً فقد أَمِن مِن الزِّنى فلا يَجوزُ له تزويجُ الثانية.

قيل له: إذا كانت تحتَه أَمَةٌ فمال إلى أُخْرى وخاف على نفْسِه فهو يَخافُ العَنَتَ، ولأن ظاهِرَ الآيةِ يقتَضِي أنه إذا خاف العنتَ جاز له أن يتزوَّج أربعًا في عقدٍ واحد فقد اشْتَرَكْنا[4] في الدليلِ.

قال: ولا يتزوَّجُ العبدُ أكثرَ مِن اثنتَيْنِ.

لما رُوِي عن النبيِّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «لَا يَتَزَوَّجُ العَبْدُ أَكْثَرَ مِن اثْنَتَيْنِ»[5].

---

(١) ينظر: «معاني القرآن» للفراء (١/ ٢٥٤، ٢٥٥)، و«المبسوط» (٥/ ١٦٠)، و«العناية» (٣/ ٢٣٩)، و«البناية» (٥/ ٥٥).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٢٣٩)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٢٦٤)، و«بحر المذهب» (٩/ ٢٣٥).

(٣) ينظر: «الأصل» (٤/ ٣٦٥، ٥٠٦) (١٠/ ٣٠٥، ٣١٦)، و«النتف» (١/ ٢٦١)، و«المبسوط» (٥/ ١٧٣).

(٤) في (أ٢، ش، ض، غ): «اشتركا»، ورسم بغير نقط التاء الثانية في (ظ): «اشتركتا».

(٥) لم أهتد إليه مرفوعًا، وقد ورد عن جماعة من الصحابة والتابعين، منهم: عمر، وعلي، وقتادة، =

قال: فإن طلَّق الحرُّ إحدى الأربعِ طَلاقًا بائنًا، لم يَكُنْ له أن يتزوَّج رابعةً حتى تَنْقَضِيَ [1]عدَّةُ المُطلَّقةِ[1].

وقال الشافعيُّ: يَجوزُ[2]. ولا خلافَ أنه لا يَجوزُ إذا كان الطلاقُ رجْعيًّا.

دليلُنا: ما روَى مسلمُ بنُ يَسارٍ: «أن خالدَ بن عُقبةَ كان تحتَه أربعُ نسوةٍ فطلَّق إحداهُنَّ، ثم تزوَّج أُخرى فاسْتَشار[3] مرْوانُ أصحابَ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ذلك وكانوا متوافِرينَ، وفرَّق بينَهما»[4]. ورُوِي في هذه القصةِ: «أن مروانَ أرْسَل إلى زيدِ بنِ ثابتٍ يَسألُه عن ذلك فقال: لا، ما يَنْبَغِي له ذلك؛ إنه إن مات اعتدَّتْ منه خمسُ نِسوةٍ»[5].

وعن عليٍّ، وابنِ مسعودٍ رَضِيَ اللهُ عَنْهُمَا مثلُ قولِنا[6]، ولأن كلَّ جَمْعٍ حرُم حالَ العِدَّةِ مِن طلاقٍ رجعِيٍّ حرُم حالَ العِدَّةِ مِن طلاقٍ بائنٍ، أصلُه الجمْعُ بينَ الزوجَيْنِ.

فإن قيل: إنها أجنبيةٌ بدليلِ أنها لا تَحِلُّ له إلا بنكاحٍ جديدٍ فوجَب أن لا يُمْنَعَ مِن تزويجِ سِواها لأجلِها كسائرِ الأجانبِ.

والشعبي، والنخعي، وعطاء، والحسن، والقاسم، وقد حكى الحكم عليه إجماع الصحابة. ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٣٩٢٢ - ١٣٩٢٩)، «مصنف ابن أبي شيبة» (١٦٢٨٦ - ١٦٢٩٥)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٣١٣).

(١) في (ح): «عدتها».

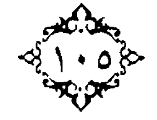
(٢) ينظر: «الحاوي» (٩/ ١٦٩)، و«بحر المذهب» (٩/ ١٦٧).

(٣) في (ح) «فاستأذن»، وأشار في الحاشية أنه كالمثبت في نسخة.

(٤) لم أهتد إليه. وقد ذكره القدوري في «التجريد» (٩/ ٤٤٣٢)، فاللَّه أعلم.

(٥) عزاه القدوري في «التجريد» (٩/ ٤٤٣٣) للطحاوي.

(٦) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٧١٦٠، ١٧١٧٢).



قيل له: لا نُسَلِّمُ أنها أجنبيةٌ بدليلِ أنها محبوسةٌ لأَجْلِه عن الزواجِ، ويَجِبُ عليه نفقتُها، والمعْنى في الأجنبياتِ أنهن لمَّا لم يُحْبَسْنَ لأَجْلِه عن الأزواجِ لم يُحْبَسْ هو لأَجْلِهِنَّ، ولمَّا حُبِستِ المعتدَّةُ في مسألتِنا لأَجْلِه عن الأزواجِ جاز أن يُحْبَسَ عن غيرِها لأَجْلِها كالمطلَّقةِ الرجعيةِ.

وقد قال أصحابُنا: يَجوزُ للحُرِّ أن يتزوَّجَ الأَمَةَ مع قُدْرتِه على المالِ الذي يتزوَّجُ به حرةً[1].

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ تزويجُ الأَمَةِ إلا بشَرْطَيْنِ؛ عدَمُ الطَّوْلِ، وخوفُ العنتِ، وهو الزِّنى[2].

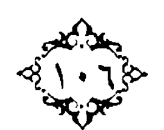
لنا: أنه ليس في حبْسِه حرَّةٌ، فإذا جاز له التزويجُ جاز أن يتزوَّج الأَمَةَ أصلُه الفقيرُ، ولأن مَن جاز له أن يتزوَّج أَمَةً إذا لم يَقْدِرْ على نكاحِ حرَّةٍ جاز، وإن قدَر على نكاحِ حرَّةٍ، أصلُه العبدُ إذا أَذِن له مولاه في التزويجِ.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ٱلْمُؤْمِنَٰتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم﴾ [النساء:٢٥]. ثم قال: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِىَ ٱلْعَنَتَ مِنكُمْ﴾. فأباح اللَّهُ تعالى نكاحَ الأَمَةِ بشرْطَيْنِ، فلا يَجوزُ عندَ عدمِهما.

قيل له: هذا حكْمٌ قد عُلِّق بشرْطٍ، ومِن أصلِنا أن الحكْمَ إذا عُلِّق بشرْطٍ

(١) في (س): «الحرة». وينظر: «التجريد» (٩/ ٤٤٦٦)، و«المبسوط» (٥/ ١٠٨)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ١٢٧).

(٢) ينظر: «الأم» (٤/ ٢٨٥)، و«الحاوي» (٩/ ١٤٣)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٢٥٦)، و«بحر المذهب» (٩/ ١٧٧).



لا يدُلُّ على نفْيِ ما عداه، وإنما يثبُتُ به حكْمُ المذكورِ خاصةً، ولو جوَّزْنا ذلك أيضًا لم يكن في الآيةِ دليلٌ؛ لأن قولَه: ﴿فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم﴾ أمْرٌ، وأقَلُّ أحوالِه أن يُحْمَلَ على الندْبِ، وعندَنا لا يُندَبُ إلى نكاحِ الأمةِ إلا إذا خافَ العنتَ، وعَدِمَ الطَّوْلَ.

قال: وإذا زوَّج الأَمَةَ مولاها، ثم أُعْتِقَتْ فلها الخيارُ؛ حرًّا كان زوجُها أو عبدًا.

وقال الشافعيُّ: إن كان زوجُها عبدًا فلها الخيارُ، وإن كان حُرًّا فلا خيارَ لها[1].

لنا: ما رُوِي عن عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا أنها قالت: «كان زوجُ بريرةَ حُرًّا، فلما أُعْتِقَتْ خيَّرها رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فاختارَتْ نفْسَها»[2].

وروَى الشيخُ أبو بكرٍ الرازيُّ بإسنادِه: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لبريرةَ: «مَلَكْتِ بُضْعَكِ فاخْتَارِي»[3]. فجعَل العلَّة في ثبوتِ الخيارِ لها مِلْكَها لِبُضْعِها،

(١) ينظر: «الأم» (٥/ ١٣١)، و«الحاوي» (٩/ ٣٥٧)، و«المهذب» (٢/ ٤٥٤)، و«بحر المذهب» (٩/ ٣٤٥).

(٢) أخرجه الترمذي (١١٥٥) من طريق الأعمش، عن إبراهيم، عن الأسود، عن عائشة، قالت: «كان زوج بريرة حرًّا». وقال الترمذي: «حسن صحيح». وقال البيهقي (٧/ ٢٢٣): «في حديث الأسود، عن عائشة: «وقوله: «وكان زوجها حرًّا». من قول الأسود، لا من قول عائشة. ثم ذكر الدليل على ذلك». وقد ذكر البخاري (٦٧٥١) أن قوله: «وكان زوجها حرًّا». من قول الحكم، ثم قال: «وقول الحكم مرسل، وقال ابن عباس: رأيته عبدًا». ثم أخرجه في (٦٧٥٤، ٦٧٥٨) من قول الأسود، ثم قال: «قول الأسود منقطع، وقول ابن عباس: رأيته عبدًا. أصح».

وانظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (٤/ ٣٦٧)، و«البدر المنير» (١٩/ ٢٧٩).

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٣٨١). والحديث أخرجه بنحوه الدارقطني (٣٧٦٠) =



وهذا يقتَضِي ثبوتَ الخيارِ لمعْنًى فيها، وعند المخالِفِ يثبُتُ الخيارُ لمعْنًى في الزوجِ، وهو عدَمُ الكفاءةِ، والخبَرُ ضِدُّ مذْهبِه؛ ولأنها ملَكَتْ نفْسَها بعْدَ تمامِ العقدِ عليها، فثبَتَ لها الخيارُ كما لو كان زوجُها عبدًا، ومعْنى قولِنا: ملَكتْ نفْسَها. أنها صارَتْ أَوْلى بالتصرُّفِ في نفْسِها مِن غيرِها.

فإن قيل: تبطُلُ العلَّةُ بالأَمَةِ إذا تزوَّجتْ[1] بغيرِ إذْنِ مولاها، ثم أُعْتقتْ أنه لا خيارَ لها.

قيل له: لأن العقدَ تمَّ عليها بعْدَ الحرِّيَّةِ، فقد ملَكَتْ نفْسَها قبْلَ تمامِ العقدِ عليها، فتَمَّ العقدُ عليها بعْدَ الحرِّيَّةِ برضاها، فلا يثبُتُ الخيارُ.

فإن قيل: يبطُلُ بما إذا زوَّج أَمَتَه ولا مالَ له غيرُها بِضِعْفِ قيمتِها، ثُم أعْتَقَها في مرَضِه قبْلَ الدخولِ بها ومات أنه لا خيارَ لها.

قيل له: هذه عندَنا لها الخيارُ، وإنما تعذَّر استيفاؤُه؛ لأنها لو اختارَتْ نفْسَها قبْلَ الدخُولِ لسقَط المهْرُ، وإذا سقَط لم تَخْرُج رقبتُها مِن الثُّلُثِ فلَزِمها السِّعايةُ[2]، وإذا وجبَتِ السِّعايةُ بطَل خيارُها، فتكونُ في إيقاعِ الفُرْقةِ بالخيارِ إسقاطُ الخيارِ فتعذَّر[3] الاستيفاءُ، فالتعليلُ وقَع لإثباتِ الخيارِ لا للاستيفاءِ.

من طريق أبان بن صالح، عن هشام، بن عروة، عن أبيه، عن عائشة. وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٠٤)، و«الدراية» (٢/ ٦٤).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٤): «البُضْع بضم الموحدة، وسكون المعجمة، وآخره مهملة: يطلق على الفرج، وعقد النكاح، والجماع».

(١) في (س): «تزوَّجها».

(٢) السعاية: تكليف العبد بعمل يفي به ما ترتب عليه من مال. ينظر: «معجم لغة الفقهاء» (ص ٢٤٤).

(٣) في (أ، ش، ع، ل، ي): «فيتعذر».

فإن قيل: المعْنى في الأصلِ أن الزوجَ لم يُساوِها في الكمالِ فيثبُتُ لها الخيارُ، ومتى أُعْتِقَتْ وهي تحتَ حُرٍّ، فقد ساوَتْه في الكمالِ، فلم يثْبُتِ الخيارُ كالذِّمِّيَّةِ إذا أَسلَمَتْ وهي تحتَ مسلِمٍ.

قيل له: عدمُ المساواةِ حالَ بقاءِ النكاحِ لا يُثْبِتُ الخيارَ، وإنما يَجِبُ أن تُعْتَبَر المساواةُ في ذلك في ابتداءِ النكاحِ، بدليلِ أن الفقيرةَ إذا أَيْسَرَتْ تحتَ الفقيرِ لا خيارَ لها.

قال: وكذلك المكاتَبةُ.

وذلك لأنها[1] ملكَتْ بعقدِ الكتابةِ التصرُّفَ فيما يؤدِّي إلى أداءِ مالِ الكتابةِ به، ولم تَمْلِكْ به التصرُّفَ في نفْسِها، وإنما تَمْلِكُ التصرُّفَ في نفْسِها بالعِتْقِ[2]، كما تَمْلِكُ ذلك الأَمَةُ، وإذا كان كذلك فقد ملَكَتْ نفْسَها بعْدَ تمامِ العقدِ عليها فثبَت[3] لها الخيارُ، وعن زفرَ: أنه لا خيارَ لها؛ لأنها تَمْلِكُ بدَلَ بُضْعِها فهي كالحرَّةِ[4].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنها لم تَمْلِكْ بدَلَ بُضْعِها بعقدِ النكاحِ، وإنما ملَكَتْه بعقدِ الكتابةِ، والمؤثِّرُ في سقوطِ الخيارِ أن تَمْلِكَه بعقدِ النكاحِ، ألا ترى أنه لو أُعْتِقَتِ الأَمَةُ ووُهِب لها مهرُها كان لها الخيارُ، وإن كان قد سُلِّم لها بدَلُ البُضْعِ إلا أنه سُلِّم بغيرِ عقدِ النكاحِ فلم يؤثِّرْ في الخيارِ.

قال: وإن تزوَّجَتْ أَمَةٌ بغيرِ إذْنِ مولاها، ثُم أُعتِقَتْ صَحَّ النكاحُ ولا خيارَ لها.

---

(١) في (أ٢، ح، س، ظ، غ): «أنها». (٢) في (س): «بالعقد».

(٣) في (أ٢، ح، ض): «فيثبت».

(٤) ينظر: «الهداية» (١/ ٢١١)، و«العناية» (٣/ ٤٠٤)، و«البناية» (٥/ ٢٢٤).

وذلك لأن العقدَ قد تَمَّ عليها بعْدَ أن ملَكَتْ نفْسَها بالحرِّيَّةِ، فوقَع العقدُ برضاها فسقَط الخيارُ وصحَّ النكاحُ.

قال: ومَن تزوَّج امرأتَيْنِ في [(1)]عُقْدةٍ واحدةٍ[(1)]؛ إحداهما لا يَحِلُّ له نكاحُها، صحَّ نكاحُ التي يَحِلُّ نكاحُها، وبطَل نكاحُ الأُخْرى.

وقال الشافعيُّ: فيه وجْهانِ؛ أحدُهما: أن العقدَ لا يَصِحُّ فيهما[(2)].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن إيجابَ النكاحِ في امرأتَيْنِ كإيجابِ العقدِ في كلِّ واحدةٍ منهما على الانفرادِ، بدلالةِ أنه يَجوزُ أن يُفْرِدَها بالقبولِ، فإذا كان كذلك لم يؤثِّرْ فسادُ نكاحِ إحداهما في نكاحِ الأخرى، كما لو أَفْرَد كلَّ واحدةٍ بالإيجابِ.

فإن قيل: العقدُ إذا جمَع بينَ الحلالِ والحرامِ بطَل، أصلُه إذا باع حرًّا وعبدًا في صفقةٍ واحدةٍ.

قيل له: إذا جمَع بينَهما في العقدِ فكلُّ واحدٍ منهما مَشْرُوطٌ في الآخَرِ إلَّا أن البيعَ [(3)]يُبْطِلُه الشروطُ[(3)]، فإذا شرَط الحُرَّ في بيعِ العبدِ بطَل؛ لأنه شرَط في بيعِه ما لا يدْخُلُ في العقدِ بحالٍ، وأما النكاحُ فلا تُبْطِلُه الشروطُ، فبُطْلانُ الشرْطِ لا يُبْطِلُه.

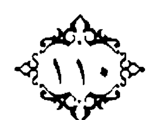
قال: وإذا كان بالزوجةِ عيبٌ فلا خيارَ لزَوْجِها.

---

(١) في (ر): «عقد واحد».

(٢) لم يَحكِ علماءُ الشافعية في هذه المسألة خلافًا، على حسب ما وقفنا عليه. وينظر: «الحاوي» (٩/ ٢٥٦)، و«المهذب» (٢/ ٤٤١)، و«بحر المذهب» (٩/ ٢٥٠)، و«روضة الطالبين» (٧/ ١١٧).

(٣) في (ح): «تبطله الشروط»، وفي (ع، ي): «يبطل بالشروط».



عند أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ[1].

قال: وإذا كان بالزوجِ جنونٌ، أو جُذامٌ، أو برَصٌ فلا خيارَ للمرأةِ عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ[2].

وجملةُ ما يُقال في هذا أن النكاحَ لا يُفْسَخُ عند أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ بعيبٍ في أحدِ الزوجَيْنِ، إلا أن يكون الزوجُ مجبُوبًا، أو عِنِّينًا فيثْبُتُ الخيارُ، ويُفَرِّقُ القاضِي بينَهما.

وقال محمدٌ: يُفْسَخُ النكاحُ بالجنونِ، والجُذامِ، والبَرَصِ إذا كان بالزوجِ أيضًا[3].

وقال الشافعيُّ: يُفْسَخُ بعيوبٍ في الزوجِ؛ الجبِّ، والعُنَّةِ، والجُذامِ، والبَرَصِ، والجنونِ، ويُفْسَخُ بعيوبٍ في المرأةِ بالجنونِ، والجُذامِ، والبَرَصِ، والرَّتَقِ، والقَرْنِ[4].

---

(1) مكانه في (ض): «وأصحابه». وينظر: «الهداية» (٢/ ٢٧٣)، و«العناية» (٤/ ٣٠٣)، و«البناية» (٥/ ٥٨٨).

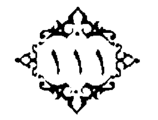
(2) الجذام: داء يقع في اللحم فيفسد وينتن ويتقطع ويسقط. والبرص: هو بياض يظهر بالجلد ويتشاءم به. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص٤٦).

(3) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٧٤)، و«العناية» (٤/ ٣٠٥)، و«البناية» (٥/ ٥٩٠).

(4) ينظر: «الأم» (٥/ ٩٠)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٧٧) و«الحاوي» (٩/ ٣٣٨)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٤٠٨)، و«روضة الطالبين» (٧/ ١٧٦).

والرتق: انسداد الرحم بعظم ونحوه، وامرأة رتقاء بيِّنة الرتق: إذا لم يكن لها خَرق إلا المبال، وهي التي لا يصل إليها زوجها.

والقرن: في الفرج مانع يمنع مِن سلوك الذكَر فيه؛ إما غدة غليظة، أو لحمة مرتتقة، أو عظم، وامرأة قَرناء بها ذلك. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٤٦)، و«المغرب» (٢/ ١٧٢).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ: أنه عقْدٌ على البُضْعِ فلا يُفْسَخُ بالعيبِ كالخُلْعِ، ولأنه عيبٌ بالزوجِ، فلا يثبُتُ الخيارُ بوجودِهِ[1] كسائرِ العيوبِ، ولا يَلْزَمُ العُنَّةُ والجَبُّ؛ لأن الخيارَ لا يثبُتُ فيهما لأجْلِ العيبِ، وإنما يثبُتُ لنقصانِ المهْرِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن المرأةَ يَلْحَقُها ضررٌ بالمقامِ مع المجنونِ[2] أكثرَ مِن الضررِ الذي يَلْحَقُها بالمقامِ مع العِنِّينِ، فإذا ثبَت لها الخيارُ في العُنَّةِ، ففي هذا أَوْلى.

فإن قيل: رُوِي: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تزوَّج امرأةً مِن بَنِي بياضةَ، فوجَد بكَشْحِها بياضًا فردَّها[3]، وقال: «دلَّسْتُمْ عليَّ»[4].

قيل له: ذكَر هذا الحديثَ البخاريُّ، وذكَر فيه: «فَخَلَّى سَبِيلَهَا»[5]. وهذا يُفِيدُ

(١) في (أ٢، ح، س، ض): «لوجوده».

(٢) في (أ٢، س، غ، ل): «الجنون».

(٣) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٤): «الكَشْح بفتح الكاف، وسكون الشين المعجمة، وآخره حاء مهملة: الخصر». وقال: «بَيَاض: البياض البرَص». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٤٦).

(٤) أخرجه أبو يعلى (٥٦٩٩)، وأبو نعيم في «الطب النبوي» (٥٠٤)، والبيهقي (٧/ ٢١٣) من طريق جميل بن زيد، عن ابن عمر. وجميل بن زيد ضعَّفه العلماء، ولم يسمع من ابن عمر، قال البغوي: «ضعيف الحديث جدًّا، والاضطراب في حديث الغفارية منه». وينظر: «البدر المنير» (٧/ ٤٨٤)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٣٦٣)، و«لسان الميزان» (٢/ ٤٨٨).
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٥): «دَلَّسْتم: التدليس: اختفاء العيب، من الدَّلَس بالتحريك، واندلس الشيء إذا خفي».

(٥) البخاري في «التاريخ الكبير» (٧/ ٢٢٣) من طريق جميل بن زيد، عن ابن عمر: «تزوج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ امرأة أنصارية فأبصر في كشحها بياضًا، فخلى سبيلها قبل أن يدخل بها».



الطلاقَ، ورواه كعبُ بنُ عُجْرَةَ أيضًا، وقال: رأَى بِكَشْحِهَا بَيَاضًا، فقال: «الْبَسِي ثِيَابَكِ، وَالْحَقِي بِأَهْلِكِ»[1]. وهذا يُفِيدُ الطلاقَ أيضًا، فإذا اختلفتِ الألفاظُ وجَب التوقُّفُ فيه، ولو ثبَت ما قالوه احْتَمَل ردَّها بالطلاقِ، واحتَمَل ردَّها بالفسخِ، وإذا اختلَف[2] وجَب حملُه على أنه ردَّها بالطلاقِ ليوافِقَ الخبرَ الآخَرَ.

قال: وإن كان عِنِّينًا أجَّله الحاكِمُ حَوْلًا، فإن وصَل إليها، وإلَّا فَرَّق بينَهما إنْ طلَبتِ المرأةُ ذلك[3].

وقد قال قومٌ: لا خيارَ لها.

دليلُنا: ما روَى سعيدُ بنُ المسيِّب: «أن عمرَ بنَ الخطابِ قضَى في العِنِّينِ[4] أنه يُؤَجَّلُ سنةً، فإنْ قدَر عليها، وإلا أَخَذَتْ منه الصداقَ كاملًا، وفُرِّق بينَهما، وعليها العِدَّةُ»[5]، وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «يُؤَجَّلُ سنَةً، فإن وصَل إليها

---

(١) أخرجه الحاكم (٤/ ٣٤).

(٢) في (س): «احتملت».

(٣) قال في حاشية (ح): «يؤجل سنة قمرية؛ وهي ثلاثمئة وأربعة وخمسون يومًا وخمس يوم وسدسه، وقيل: شمسية؛ وهي ثلاثمئة وخمسة وستون يومًا وربع يوم إلا جزءًا من ثلاثمئة جزء من يوم، وفضل ما بينهما عشرة أيام، وثلث عشر يوم بالتقريب. كذا في المغرب». وينظر: «المغرب» (١/ ٤٥٣).

(٤) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٥): «العِنِّين: الذي لا يأتي النساء ولا يريدهن، والاسم منه العُنَّة بالضم، والتعنين: الحبس، فكأنه اعترضه ما يحبسه عن النساء».

(٥) أخرجه الدارقطني (٣٨١١)، والبيهقي (٧/ ٢٢٦) من طريق سعيد بن المسيب، عن عمر. وضعَّفه ابن التركماني بالانقطاع في «الجوهر النقي». ينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٥٤)، و«الدراية» (٢/ ٧٧).



وإلَّا فُرِّق بينَهما»[١].

فإن قيل: رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أن امرأةً رفعَتْ إليه زوجَها، وشكَتْ عجْزَه، فقال عليٌّ: ولا وقْتَ السَّحَرِ؟ قالتْ: لا. فقال: هلَكَتْ وأَهْلَكَتْ، ما أنا بِمُفَرِّقٍ بينكما»[٢].

قيل له: قد رُوِي عن عليٍّ خلافُ ذلك[٣]، وقد رُوِي: «أن هذه المرأةَ قالت له: إنه لم يَكُنْ منه إلَّا مرَّةً[٤] واحدةً»[٥]. وعندَنا[٦] إذا وَطِئها مرَّةً واحدةً، فلا خيارَ لها[٧].

وإذا ثبَت هذا، قال أصحابُنا: إذا رفعتِ المرأةُ زوجَها فادَّعتْ أنه عِنِّينٌ فإن

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠٧٢٥)، وابن أبي شيبة (١٦٧٤٩).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٠٧٣٥)، والبيهقي (٧/ ٢٢٧) عن هانئ بن هانئ، عن علي، بلفظ: «فقال: مَن صاحبُها؟ قالوا: فلانٌ، وهو سيِّدُ قومِه. قال: فجَاء شيخٌ قد اجتَنَحَ يَدُبُّ، فقال: أنت صاحبُ هذه؟ قال: نعم، وقد تَرَى ما علينا. قال: هل مع ذلك شيءٌ؟ قال: لا. قال: ولا بالسَّحَرِ؟ قال: لا. قال: هلَكَت وأهلَكت. قالت: ما تَأمُرُني أصلَحَك اللَّهُ؟ قال: بتقوى اللَّهِ والصَّبرِ، ما أُفَرِّقُ بينكما». وقال البيهقي: «قال الشافعي: هانئ بن هانئ لا يعرف، وأن هذا الحديث عند أهل العلم بالحديث مما لا يثبتونه لجهالتهم بهانئ بن هانئ».

(٣) تقدَّم.

(٤) في (أ٢): «هنة أي: مرة»، وفي (أ، ض، ي، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «هنة»، وبعده في (س): «هنة».

(٥) أخرجه أبو بكر الرازي في «شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٣٥٨، ٣٨٦) من طريق عبد الباقي ابن قانع، بإسناده إلى هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة، وذلك في قصة امرأة رفاعة.

(٦) في (ع): «عنده».

(٧) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٢٥٤)، و«المبسوط» (٥/ ١٠١)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٢٧).

القاضِي يَسأَلُه: هل وصَل إليها أم لم يَصِلْ؟ لأنها ادَّعتْ عليه العجْزَ، فلا بُدَّ أن يَعْرِفَ جوابَ الدَّعْوى مِن جهتِه لجوازِ أن يُصدِّقَها على ذلك، فإن قال: قد وَطِئْتُها. يَسأَلُها القاضِي بِكْرٌ هي أم ثَيِّبٌ؟ فإن قالت: ثَيِّبٌ. فالقولُ قولُ الزوجِ؛ لأن الظاهرَ أن مَن خلا بالثيِّبِ يَطَؤُها، ومَن شَهِد له الظاهرُ فالقولُ قولُه، وإن قالتْ: إني بِكْرٌ. نظَر إليها النساءُ ويَكْفِي امرأةٌ واحدةٌ؛ لأن البَكارةَ معْنًى لا يَجوزُ للرجالِ الاطِّلاعُ عليه فقُبِل فيه شهادةُ النساءِ كالولادةِ[1].

وإنما قُلنا: تُجْزِئُ امرأةٌ واحدةٌ؛ لأن ما يُقْبَلُ فيه قولُ النساءِ منفرداتٍ يُقْتَصَرُ فيه على الواحدةِ كأخبارِ[2] الرسولِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والثِّنْتَيْنِ أَوْثَقُ؛ لأن الظنَّ عندَ خبرِهما أَقْوَى، فإن قُلْنَ: إنها ثيِّبٌ. كان القولُ قولَ الزوجِ لِما بيَّنّاه، وإن قُلْنَ: إنها بِكْرٌ. فالقولُ قولُها؛ لأنه لو وصَل إليها زالتْ بَكارَتُها، فكان الظاهرُ معها[3].

وإذا ثبَت أنه لم يَصِلْ إليها بإقرارِه، أو ببقاءِ البَكارةِ، أَجَّله القاضِي حولًا؛ لِما رُوِّيناه عن عليٍّ، وعمرَ، وابنِ مسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ: «أن العِنِّينَ يُؤَجَّلُ سنةً»[4]،

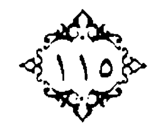
---

(١) ينظر: «المبسوط» (٥/ ١٠١)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٢٦)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣٢٣).

(٢) ضبطت هكذا في (ي): «كإخبار».

(٣) قال في حاشية (ح): «وإن وقع للنساء شك في أمرها فإنها تمتحن، واختلفوا في طريقة الامتحان، قال بعضهم: تؤمر بأن تبول فإن أمكنها أن ترمي ببولها على الجدار فهي بكر، وإلا فهي ثيب، وقال بعضهم: تمتحن ببيضة الديك، فإن وسعت فيها فهي ثيب، وإن لم تسع فيها فهي بكر. بدائع». وينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٢٥).

(٤) تقدَّم حديث علي، وعمر. وأما أثر ابن مسعود فأخرجه الدارقطني (٣٨١٣)، ومن طريقه البيهقي (٧/ ٢٢٦) من طريق الركين بن الربيع، سمعت أبي، وحصين بن قبيصة يحدثان، عن عبد اللَّه.



ولأن تعذُّرَ الوَطْءِ يَجوزُ أن يكونَ [١]لِداءٍ عرَض[١] يَزُولُ باختلافِ الفُصُولِ، وذلك يكونُ في سنةٍ، فلذلك اعتُبِرتْ.

وأوَّلُ السنةِ مِن حينِ يترافعا إلى القاضِي، فلا يُحْتَسَبُ على الزوجِ بما قبْلَ ذلك، لِما رُوِي: «أن عمرَ كتَب إلى شُرَيْحٍ أن يؤجِّلَ العِنِّينَ سنةً مِن يومِ يُرْتَفَعُ إليه»[٢].

ولأن امتناعَه مِن الوطْءِ قبْلَ التأجيلِ يَجوزُ أن يكونَ للعَجْزِ، ويَجوزُ أن يكونَ لكراهتِها، فإذا أجِّل خاف العارَ فوَطِئها، فلذلك لم يُعْتَبَرْ ما قبْلَ التأجيلِ، فإذا ترافعا إليه بعْدَ الحَوْلِ وادَّعتْ أنه لم يَصِلْ إليها، سأله القاضِي عن ذلك؛ فإن قال: قد وَطِئْتُها. وهي ثيِّبٌ فالقولُ قولُه لِما بيَّنَّاه، وإن كانت بِكْرًا نظَر إليها النساءُ، فإن قُلْنَ: إنها بِكْرٌ. فالقولُ قولُها، وإن قُلْنَ: إنها ثَيِّبٌ. فالقولُ قولُ الزوجِ لِما بيَّنَّا.

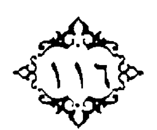
فإذا ثبَت أنه لم يَطَأْها؛ إما بإقرارِه، وإما ببقاءِ البكارةِ خيَّرها القاضِي؛ وذلك لأن [٣]العيبَ قد ثبَت[٣] واستَقَرَّ فيَثْبُتُ لها الخيارُ بينَ الرضا بالبدلِ المعِيبِ وبينَ الفَسْخِ، فإن اختارتِ المقامَ معه بطَل حقُّها، ولم يكن لها خُصومةٌ بعْدَ

(١-١) في (ر): «لعرض».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٧٥٣).

وقال في حاشية (ح): «وإن كانت امرأة العنين رتقاء أو قرناء لا يؤجل؛ لأنه لا حق للمرأة في الوطء لوجود المانع من الوطء، فلا معنى للتأجيل، ولا خيار لها؛ لأن الخيار إنما يثبت إذا فات الإمساك بمعروف من قبل الزوج، ولم يفت؛ لأنه لو لم يكن عنينًا لا يقدر على جماعها».

(٣-٣) في (ر، س): «العنة قد ثبتت».



ذلك أبدًا في هذا النكاحِ؛ لأنها رَضِيتْ بالعقدِ مع العيبِ فسقَط خيارُها، وإن اختارتِ الفُرْقةَ فرَّق القاضِي بينَهما؛ لأنها فُرْقةٌ يَخْتَصُّ سببُها بالحاكِمِ فوقَف وقوعُها عليه[1].

وتكونُ تَطْليقةً واحدةً؛ لأنها فُرْقةٌ تتعلَّقُ بسببٍ مِن جهةِ الزوجِ طارئٍ على النكاحِ مختَصٍّ به، كالفُرْقةِ الواقعةِ بلفظِ الطلاقِ، وإنما يَقُومُ القاضِي مقامَه فيها وتكونُ بائنةً؛ لأن القاضِي يُخَلِّصُها مِن زوجٍ لا يَسْتَقِرُّ مهرُها معه، فلو جَعَلْناها رجعيةً لراجَعها واحْتَاج القاضِي[2] إلى التفريقِ[3] ثانيًا، ويكونُ لها المهْرُ كاملًا؛ لأن الخَلْوةَ قد وُجِدتْ والمهْرُ عندَنا يستَقِرُّ بها، وعليها العِدَّةُ؛ لأنه وجَب لها كمالُ المهْرِ فلَزِمها العِدَّةُ كالمدخُولِ بها[4].

فإن كان وصَل إليها مرَّةً واحدةً بطَل حقُّها مِن الخيار، ولأن الخيارَ يثبُتُ لعدَمِ استقرارِ المهْرِ، والوَطْءُ الواحِدُ يستَقِرُّ به المهْرُ، فلا مُعْتبَرَ بما زاد عليه[5].

(١) قال في حاشية (ح): «وإذا فرق القاضي بينهما، ثم تزوجها فلا خيار لها؛ لأنها رضيت بالعنة. اختيار». وينظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١١٦).

(٢) في (ح): «احتجنا»، وأشار في الحاشية أنه كالمثبت في نسخة.

(٣) بعده في (ح): «بينهما».

(٤) قال في حاشية (ح): «وللزوجة أن تطالب زوجها بالوطء، وإذا طالبته أجبر عليه في الحكم مرة واحدة والزيادة عليها تجب فيما بينه وبين اللّه تعالى، ولا تجب عليه في الحكم عند بعض أصحابنا، وعند بعضهم تجب عليه في الحكم. بدائع». وينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٣١).

(٥) قال في حاشية (ح): «أما إذا تزوج امرأة ووصل إليها، ثم فارقها، ثم تزوجها بنكاح جديد فلم يصل إليها، أجل كما يؤجل العنين؛ لأن هذا نكاح غير النكاح الأول. ولوالجي».



وأما قولُه: إن طلبتِ الفُرْقةَ. فلأن ذلك حقٌّ لها فيَقِفُ حكْمُ الحاكِمِ فيه على مطالبتِها كسائرِ الحقوقِ.

قال: والفُرْقةُ تَطْلِيقةٌ بائنةٌ ولها كمالُ المَهْرِ إذا كان قد خَلَا بها.

وقد بَيَّنَّا جميعَ ذلك.

قال: وإن كان مَجْبُوبًا فَرَّق بينَهما في الحالِ ولم يُؤَجِّلْهُ.

يعْني: إنْ طلَبَتِ الفُرقةَ؛ وذلك لأن العِلْمَ بعَجْزِه عن الوَطْءِ في الحالِ أكثَرُ مِن العِلْمِ بِعَجْزِ العِنِّينِ بعْدَ الحولِ، فإذا ثبَت لها الخيارُ بعْدَ الحَوْلِ فهاهنا في الحالِ أَوْلى.

قال: والخَصِيُّ يُؤَجَّلُ كما يُؤَجَّلُ العِنِّينُ.

وذلك لأن الخَصِيَّ قد يكونُ منه الوَطْءُ فهو بمنزلةِ العِنِّينِ.

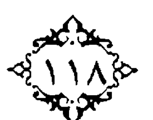
وقد قالوا: لو تزوَّجَتْه وهي تَعْلَمُ بالعُنَّةِ لم يكن لها خيارٌ؛ لأنها عقَدَتْ مع العِلْمِ بالعيبِ، فلم يكن لها خيارٌ، كالمشتَرِي إذا عقَد مع عِلْمِه بالعيبِ[1].

قال: وإذا أَسْلَمَتِ المرأةُ وزوجُها كافِرٌ عرَض عليه القاضِي الإِسلامَ؛ فإنْ أَسْلَم فهي امرأتُه، وإن أَبَى الإِسلامَ فرَّق بينَهما.

وقال الشافعيُّ: إن أَسْلَمتْ قبْلَ الدخُولِ بانَتْ منه في الحالِ، وإن كان بعْدَ الدخُولِ وقَف على انقضاءِ عِدَّتِها؛ فإن لم يُسْلِمْ حتى انقَضَتْ عِدَّتُها وقعَتِ

---

(١) ينظر: «درر الحكام» (١/ ٤٠٠)، و«البحر الرائق» (٤/ ١٣٦)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٢٤).



الفُرْقةُ بينَهما[1].

لنا: ما رُوِي: «أن رجلًا مِن بَنِي تَغْلِبَ أَسْلَمَتِ امرأتُه وهي نصرانيةٌ، فرُفِعتْ إلى عمرَ بنِ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فقال له عمرُ: أَسْلِمْ وإلَّا فرَّقْتُ بينكما. فأَبَى ففرَّق بينَهما»[2]، وعن ابنِ عباسٍ مثْلُ ذلك[3].

ولم يُنْقَلْ عن واحدٍ منهم اعتبارُ العِدَّةِ، وكان ذلك بِحَضْرةِ الصحابةِ مِن غيرِ خلافٍ؛ ولأنه إسلامٌ طارئٌ على النكاحِ، فلا يَتَعَجَّلُ[4] البينونةَ، أصلُه بعْدَ الدخُولِ.

فإن قيل: إنه اختلافُ دِينٍ يَمْنَعُ ابتداءَ النكاحِ، فوجَب أن تَقَعَ الفُرْقةُ مِن غيرِ حكْم حاكِمٍ[5]، أصلُه إذا أَسْلَمَتِ الحربيةُ في دار الحربِ.

قيل له: لا فَرْقَ[6]؛ لأن الحاكِمَ يُفَرِّقُ لإباءِ الزوجِ في الموضِعَيْنِ، فإذا كانوا في دارِ الحربِ فإقامةُ الزوجِ في دارِهم إباءٌ[7]، إلا أن في دارِ الإسلامِ يُمْكِنُ

(١) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٧٣)، و«الحاوي» (٩/ ٢٨٧)، و«المهذب» (٢/ ٤٦١)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٣٥٨)، و«بحر المذهب» (٩/ ٢٨٢).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٦١١)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٢٥٩) ووقعت تسمية الرجل عند ابن أبي شيبة بعبَّاد بن النُّعمان بن زُرعَةَ.

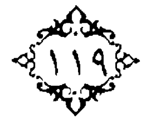
(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٠٠٧٣)، واللفظ له، وابن أبي شيبة (١٨٦٠٧) عن ابن عباس: «في النصرانية تكون تحت النصراني فتسلم قبل أن يدخل بها؟ قال: يفرق بينهما، ولا صداق».

(٤) في (ح): «تتعجل»، ورسمت في (ش، ض، ظ) بغير نقط أوله.

(٥) في (ض، ل): «الحاكم».

(٦) بعده في (ر، س، ظ): «بينهما».

(٧) رسمت في (أ، س، ش، ع، غ): «إيباء».



الحاكمُ التفريقَ فيُفَرِّقُ، وفي دارِ الحربِ لا يُمْكِنُه، فوَقَفَتِ الفُرْقةُ على حدوثِ معْنًى يؤثِّرُ في الفُرقةِ[1]، وأقربُ ذلك مُضِيُّ مُدَّةِ العِدَّةِ.

وإذا ثبَت أن الفُرْقةَ تَقِفُ على تفريقِ الحاكِمِ، فإذا أَسْلَم قبْلَ ذلك كانوا[2] على النكاحِ لزوالِ المعْنى الذي يُوجِبُ الفُرْقةَ.

قال: وكان ذلك طلاقًا عندَ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ[3].

وقال أبو يوسفَ: هي فُرقةٌ بغيرِ طلَاقٍ[4].

وجْهُ قولِهما: أنها فُرْقةٌ تتعلَّقُ بسببٍ مِن جهةِ الزوجِ طارئٍ[5] على النكاحِ مختَصٍّ[6] به فكانت طلاقًا كلَفْظِ الطلاقِ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنها فرقةٌ يشتَرِكُ في سببِها الزوجُ والمرأةُ، فلم يَكُنْ طلاقًا كفُرْقةِ الرَّضاعِ، وهذا يَبْطُلُ بالخُلْعِ.

قال: وإذا أَسْلَمَ الزوجُ وتحتَه مَجُوسِيَّةٌ عرَض عليها الإسْلَامَ؛ فإنْ أَسْلَمَتْ فهي امرأتُه، وإن أَبَتْ فرَّق القاضِي بينَهما، ولم يكن ذلك طلاقًا[7].

(١) في (أ، ح، ع): «الفرق».   (٢) في (س): «كان».

(٣) قال في حاشية (ح): «طلاقًا بائنًا حتى لو أسلم الزوج لا يملك الرجعة تغليظًا للأمر عليه. نهاية».

(٤) ينظر: «المبسوط» (٥/ ٤٦)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣٣٧)، و«الهداية» (١/ ٢١٣).

(٥) في (ح، ل): «طارئة».

(٦) في (ح، ل): «مختصة».

(٧) قال في حاشية (ح): «ويجوز نكاح النصراني المجوسية واليهودية، واليهودي النصرانية والمجوسية، والمجوسي اليهودية والنصرانية؛ لأن الكفر كله ملة واحدة، كذا روي عن عمر رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ ولا كفاءة بين أهل الكفر. اختيار». وينظر: «الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١١٢).



وذلك لأن الفُرْقةَ لا تَقَعُ بإسلامِ أحدِ الزوجينِ؛ لأنه لا يَخْلُو إمَّا[1] أن يَقَعَ[2] بإسلامِ مَن أَسْلَم، أو بِكُفْرِ الآخَرِ، ولا يَجوزُ أن تَقَعَ بالإسلامِ؛ لأن الإسلامَ مصحِّحٌ للعقودِ والأنكحةِ، ولا يَجوزُ أن يَقَعَ بكفرِ الكافرِ؛ لأن هذا الكفرَ صحَّ معه ابتداءُ العقدِ فأَوْلى أن يَصِحَّ معه البقاءُ.

وإذا ثبَت أن الفُرْقةَ لا تَقَعُ بإسلامِ أحدِهما ولم يَجُزْ تَبْقِيَتُهما[3] على النكاحِ فوجَب أن تَقِفَ الفُرقةُ على معْنًى حادثٍ، وقد بيَّنَّا أن ذلك هو تفريقُ القاضِي، فإذا عرَض عليها الإسلامَ فأَسْلَمَتْ فقد صارا على صفةٍ يَجوزُ ابتداءُ العقدِ عليها فصحَّ بقاؤُه معها، وإن أَبَتْ فرَّق القاضِي بينَهما؛ لأن ابتداءَ النكاحِ لا يَجوزُ على هذه الصفةِ، ألا ترى أن المسلِمَ لا يَجوزُ أن يتزوَّجَ المجوسِيَّةَ، وعلى هذا الوثنيةُ، ولا تكونُ هذه الفُرقةُ طلاقًا؛ لأنها متعلِّقةٌ بفِعْلِ المرأةِ، والمرأةُ لا تَمْلِكُ الطلاقَ.

قال: فإن كان[4] دخَل بها فلها المهْرُ، وإن لم يكن دخَل بها فلا مهْرَ لها.

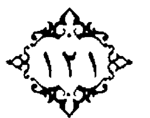
أما وجوبُ المهْرِ إذا كان قد دخَل بها: فلأنَّ الدخولَ يُوجِبُ استقرارَ المهْرِ، وارتفاعُ العقدِ لا يُؤثِّرُ في إسقاطِ ما استحَقَّتْه بالدخُولِ، أصلُه إذا طلَّقها بعْدَ الدخُولِ، وأما إذا لم يكن دخَل بها فلا مهْرَ لها؛ لأن الفُرقةَ جاءَتْ مِن قِبَلِها قبْلَ الدخُولِ فصار كما لو ارتدَّتْ.

---

(١) من (ح، ش، ض٢، ع، ي). (٢) في (ش، ي): «تقع».

(٣) في (أ، ظ، ل): «تبقيتها».

(٤) بعده في (أ٢، نسخة مختصر القدوري): «قد».



قال: وإذا أسلمَتِ المرأةُ في دارِ الحربِ لم تَقَعِ الفُرْقةُ عليها حتى تَحِيضَ ثلاثَ حِيَضٍ، فإذا حاضَتْ بانَتْ مِن زوجِها.

وذلك لأن الفرقةَ لا تَقَعُ إلا بمعْنًى حادثٍ على النكاحِ، وكفْرُ الزوجِ ليس بحادثٍ فلا تَقَعُ به الفُرقةُ، وإسلامُها وإن كان حادِثًا إلا أنه ليس بسببٍ يُوجِبُ التحريمَ، فاحْتَجْنا إلى سببٍ تَقَعُ به الفُرقة، لمَّا لم يَجُزْ تبقيتُها[1] على النكاحِ، ولا يُمْكِنُ اعتبارُ تفريقِ الحاكِمِ في دارِ الحربِ، فاعْتَبَرْنا مُضِيَّ هذه العِدَّةِ[2]؛ لأنه سببٌ يُوجِبُ التحريمَ، فإذا مضَتْ وقعَتْ عليها الفُرقةُ حينئذٍ.

قال: وإذا أَسْلَم زوجُ الكتابيةِ فهما على نكاحِهما.

وذلك لأن الإسلامَ لا يُوجِبُ الفُرْقةَ، وهما على صفةٍ يَجوزُ ابتداءُ النكاحِ عليها، فجاز تبقيتُهما عليه[3].

قال: وإذا خرَج أحدُ الزوجَيْنِ إلينا مِن دارِ الحربِ مُسْلِمًا وقعَتِ البينونةُ بينَهما[4].

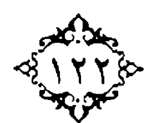
وقال الشافعيُّ: لا تَقَعُ الفُرقةُ باختلافِ الدارِ؛ فإن كان دخَل بها لم تَقَعِ الفُرقةُ

(١) في (أ٢، ح، س، ش، غ، ل): «تبقيتهما».

(٢) في (أ، ر، س، ش، ي): «المدة».

(٣) ينظر: «التجريد» (٤٥٦١)، و«الهداية» (١/ ٢٢٠)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ١٧٦)، و«العناية» (٣/ ٤٢٢).

(٤) ينظر: «الأصل» (٤/ ٤٦٢، ٤٦٥)، و«عيون المسائل» (ص١٠٥)، و«المبسوط» (٥/ ٥١، ٥٣، ٥٨، ٨٧).



حتى تَحِيضَ ثلاثَ حِيَضٍ، وإن لم يكن دخَل بها وقعَتِ الفُرقةُ في الحالِ[1].

وعلى هذا الخلافِ أيضًا: إنْ خرَج أحدُهما إلينا ذِمِّيًّا.

دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ﴾ الآية [الممتحنة: ١٠]. ثم قال: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠]. فأباح نكاحَهُنَّ مطلَقًا، وعندَ المخالِفِ لا يَجوزُ حتى تَنْقَضِيَ العِدةُ[2]، ثُم قال: ﴿وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠][3].

ولو منَعْنا تزويجَها[4] لأجْلِ النكاحِ الأوَّلِ كنا قد تمسَّكْنا[5] بعِصْمَةِ[6] الكافِرِ[7]، ولأنهما اختلَفا بأنفسِهما في دارَيْنِ كلُّ واحدٍ منهما مِن أهلِها[8] فوقعَتِ الفُرْقةُ بينَهما[9]، أصلُه إذا سُبِي أحدُهما.

---

(١) ينظر: «الأم» (٧/ ٣٨٠)، و«الحاوي» (٩/ ٢٥٨)، و«بحر المذهب» (٩/ ٢٥٢)، و«التهذيب» (٥/ ٣٩١).

(٢) في (أ): «عدتها»، وفي (ح): «عدتهن».

(٣) قوله تعالى: ﴿وَلَا تُمْسِكُواْ﴾ قرأه أبو عمرو، ويعقوب: ﴿ولا تُمَسِّكُوا﴾ بتشديد السين، وقرأ الباقون: ﴿وَلَا تُمْسِكُواْ﴾ بسكون الميم. ينظر: «معاني القراءات» (٣/ ٦٥)، و«الحجة» (١/ ١٠٣)، و«النشر» (٢/ ٣٧٨).

(٤) في (ح): «تزويجهن».

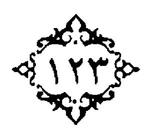
(٥) في (ح): «مسَّكنا».

(٦) في (س، ش، ظ، ل): «بعصم».

(٧) في (ض، ظ، س): «الكوافر».

(٨) في (ع): «أهله».

(٩) ليس في (أ٢، ظ، غ).



فإن قيل: اختلافُ الدَّارَيْنِ لا يُوجِبُ[1] الفُرقةَ[2]، أصلُه إذا دخَل دارَ الحربِ تاجِرًا، أو الحرْبِيُّ إذا دخَل إلينا مُستأْمَنًا.

قيل له: نقولُ بموجَبِه؛ لأن عندَنا اختلافَ الدارَيْنِ لا يُوقع[3] الفُرْقةَ حتى يكونَ بصفةٍ مخصوصةٍ قد بيَّنَّاها، والمعْنى في الأصلِ الذي قاسُوا عليه أن الاختلافَ لم يَحْصُلْ فِعْلًا وحُكْمًا؛ لأن المستأْمَنَ على حكْمِ دارِ الحربِ، والتاجرُ مِنَّا على حكْمِ دارِ الإسلامِ، فلمَّا لم يَخْتَلِفا بأنفُسِهما وأحكامِهما لم تَقَعِ الفُرْقةُ.

قال: وإنْ سُبِي أحدُهما وقعَتِ البَيْنونةُ.

وذلك لما رُوِي: «أن المسلِمِينَ امْتَنَعُوا في سبايا أَوْطاسٍ[4] مِن وطْءِ النساءِ لأَجْلِ أزواجِهِنَّ، فأَنْزَل اللَّهُ تعالى: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ [النساء: ٢٤][5]».

قال: وإن سُبِيا معًا لم تَقَعِ البَيْنونةُ.

وقال الشافعيُّ: تَقَعُ[6].

---

(١) في (ح): «يوقع».

(٢) هنا يبدأ خرم في النسخة (أ٢) يظهر أنه عن انتقال نظر من الناسخ، وينتهي بعد قليل.

(٣) في (س، ظ): «يوجب».

(٤) أوطاس: موضع على ثلاث مراحل من مكة كانت به وقعة للنبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَعَلَى آلِهِ وَسَلَّمَ. ينظر: «المغرب» (ص٤٨٩).

(٥) قال في حاشية (ح): «أي: وحرم عليكم ذوات الأزواج إلا ما ملكت أيمانكم من تلك السبايا».

(٦) ينظر: «الحاوي» (١٤/ ٢٤١)، و«المهذب» (٢/ ٢٨٨)، و«بحر المذهب» (١٣/ ٢٩٦)، و«التهذيب» (٥/ ١٥٤).



لنا: أنه لم يَخْتَلِفْ بهما[1] دِينٌ ولا دارٌ فلا تَقَع الفُرْقةُ[2] بينَهما كالمسلِمِينَ.

قال: وإذا خرجتِ المرأةُ إلينا مُهاجِرَةً جاز أن تتزوَّج ولا عِدَّةَ عليها عند أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: عليها العِدَّةُ[3].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: قولُه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا جَآءَكُمُ ٱلْمُؤْمِنَٰتُ مُهَٰجِرَٰتٍ﴾ [الممتحنة: ١٠]. إلى قولِه تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾ [الممتحنة: ١٠]. فأباح نكاحَ المهاجرةِ مُطْلَقًا، ولم يَشْتَرِطْ[4] فيه العِدَّةَ، ثم قال: ﴿وَلَا تُمْسِكُواْ بِعِصَمِ ٱلْكَوَافِرِ﴾ [الممتحنة: ١٠]. فلو مَنَعْناها لأَجْلِ العِدَّةِ مِن التزويجِ كان ذلك تمسُّكًا بعِصْمةِ زوجِها الكافرِ، ولأن الفُرْقةَ وقعَتْ بينَهما باختلافِ الدارِ، فلا يَجِبُ عليها العِدَّةُ، أصلُه المَسْبِيَّةُ.

وجْهُ قولِهما: أنَّ الفرقةَ وقعَتْ عليها وهي مسلِمةٌ في دارِ الإسلامِ فوجَبَتْ عليها العِدَّةُ كامْرأةِ المسلِمِ.

قال: فإن كانت حاملًا لم تتزوَّجْ حتى تَضَعَ حَمْلَها.

رُوِي ذلك عن محمدٍ، عن أبي حنيفةَ، وروَى أبو يوسفَ، عن أبي حنيفةَ[5]:

---

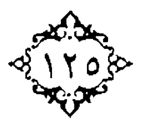
(١) في (ي): «لهما».

(٢) هنا انتهى الخرم المشار إليه آنفًا في النسخة (أ٢).

(٣) ينظر: «الهداية» (١/ ٢١٥)، و«العناية» (٣/ ٤٢٧)، و«البناية» (٥/ ٢٤٦).

(٤) في (أ، س، ظ): «يشرط»، وفي (ل، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «يذكر».

(٥) ليس في (س).



أنه يتزوَّجُها ولا يَطَؤُها[1].

وجْهُ روايةِ أبي يوسفَ: أن ماءَ الحربيِّ لا حُرْمَةَ له فلا يَمْتَنِعُ التزويجُ، أصلُه ماءُ الزانِي.

وجْهُ روايةِ محمدٍ: أنها حاملٌ بولَدٍ ثابتِ النَّسَبِ، فلا يَجوزُ أن تتزوَّج، أصلُه امرأةُ المسْلِمِ، والصحيحُ ما رواه أبو يوسفَ.

قال: وإذا ارتدَّ أحدُ الزوجَيْنِ عن الإسلامِ وقعَتِ البَيْنُونةُ بينَهما فُرْقةً بغيرِ طلاقٍ[2].

أما وقوعُ الفُرْقةِ فعندَنا تَقَعُ في الحالِ دخَل بها، أو لم يَدْخُلْ بها[3].

وقال الشافعيُّ: إن كان قد دخَل بها لم تَقَعِ الفُرْقةُ حتى تَحِيضَ ثلاثَ حِيَضٍ، وهو على الرِّدَّةِ[4].

دليلُنا: أنه ارتدادٌ مِن أحدِ الزوجَيْنِ فأَوْجَب البينونةَ في الحالِ، أصلُه إذا كان قبْلَ الدخُولِ.

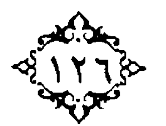
---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٢٥٣)، و«الهداية» (١/ ٢١٥)، و«العناية» (٣/ ٤٢٨)، و«البناية» (٥/ ٢٤٦).

(٢) قال في حاشية (ح): «ردة أحد الزوجين توجب البينونة بينهما في الحال بدون قضاء القاضي. خلاصة». وينظر: «خلاصة الدلائل» (١/ ٦٥١، ٦٥٢)، وليس في المطبوع من «الخلاصة»: بدون قضاء القاضي.

(٣) ينظر: «الأصل» (٢٢١، ٢٢٢، ٣٤٥)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٤/ ٣٥٨)، و«المبسوط» (٥/ ٤٩، ٥٠).

(٤) ينظر: «الأم» (٥/ ٥٢)، و«الحاوي» (٩/ ٢٩٥)، و«بحر المذهب» (٩/ ٢٩٠).



فإن قيل: رِدَّةٌ طارئةٌ على النكاحِ بعْدَ الإصابةِ فلا تَقَعُ به البينونةُ في الحالِ، أصلُه إذا ارتدَّا معًا.

قيل له: هناك لم يَختَلِفْ بهما[1] دِينٌ، والفُرْقةُ متى وقعَتْ لأَجْلِ الدِّينِ تعلَّقَتْ بالاختلافِ فيه[2] أصلُه [3]المسلمينَ والكافِرينَ الأصلِيِّينَ[3].

وأما قولُه: فُرْقةٌ بغيرِ طلاقٍ. فهو قولُ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: إذا ارتدَّ الزوجُ فرِدَّتُه طلاقٌ[4].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنها فُرقةٌ تتعلَّقُ بسببٍ غيرِ مختَصٍّ بالنكاحِ، ألا تَرى أن الأحكامَ المتعلِّقةَ بالردَّةِ مِن القَتْلِ، وزوالِ الملْكِ وغيرِه، تتعلَّقُ بها مع النكاحِ ومع زوالِه والطلاقِ، وهو ما اختَصَّ[5] بالنكاحِ، ولا يُشْبِهُ هذا إباءَ الزوجِ عن الإسلامِ؛ لأن ذلك يتعلَّقُ بسببٍ يَختَصُّ[6] بالنكاحِ، ألا تَرى أن عَرْضَ الإسلامِ على الإنسانِ لأَجْلِ إسلامِ غيرِه لا يكونُ إلا في النكاحِ، فلهذا كان طلاقًا، وفارقَ الرِّدَّةَ.

وأما أبو يوسفَ: فمِن أصلِه أن الطلاقَ كلُّ فُرْقةٍ تتعلَّقُ[7] بسببٍ مِن جهةِ الزوجِ لا تُوجِبُ تحريمًا مؤبَّدًا، [ولا تتعلَّق بالدِّيْنِ.

---

(١) في (ظ): «بها». (٢) في (أ، ع): «منه».

(٣-٣) في (ح): «الكافرين والمسلمين الأصليين»، وفي (س): «المسلمان والكافران الأصليان».

(٤) ينظر: «الهداية» (١/ ٢١٥)، و«العناية» (٣/ ٤٢٨)، و«البناية» (٥/ ٢٤٧).

(٥) في (س): «يختص».

(٦) في (أ٢، س، ض، ي): «مختص».

(٧) في (ظ): «تعلقت».



وأما محمدٌ: فيقولُ كلُّ فُرْقةٍ تعلَّقَتْ بسببٍ مِن جهةِ الزوجِ لا تُوجِبُ تحريمًا مؤبَّدًا][1] فهي[2] طلاقٌ، كقولِه: أنتِ طالِقٌ.

قال: فإنْ كان الزوجُ هو المُرْتَدَّ، وقد دخَل بها، فلها كمالُ المهْرِ، وإن كان لم يَدْخُلْ بها فلها نصفُ المَهْرِ.

وذلك لأن المدخولَ بها قد استَقَرَّ مهرُها بالدخولِ فلا يَسقُطُ بالفُرْقةِ الطارئة مِن قِبَلِ الزوجِ، كما لا يَسْقُطُ بطلاقِها، وأما إذا لم يكُنْ قد دخَل بها فعليه نصفُ المهْرِ؛ لأنها فُرْقةٌ طارئةٌ على نكاحٍ صحيحٍ مِن جهةِ الزوجِ قبْلَ الدخولِ فيَجِبُ نصفُ المسمَّى كالطلاقِ.

قال: وإن كانتِ المرأةُ هي المرْتَدَّةَ قبْلَ الدخُولِ فلا مَهْرَ لها.

وذلك لأن المعقودَ عليه تعذَّر تسليمُه قبْلَ القبضِ بمعنًى مِن جهةِ العاقِدِ، فلم[3] يَسْتَحِقَّ البَدَلَ الذي في مقابلَتِه، كالبائعِ إذا أتْلَف المبيعَ قبْلَ القبْضِ.

قال: وإن كانتِ الرِّدَّةُ بعْدَ الدخُولِ فلها المَهْرُ.

وذلك لأنَّ المهْرَ قد استَقَرَّ بالدخُولِ وصار دَينًا على الزوجِ، والرِّدَّةُ لا تُسْقِطُ الدُّيونَ، كذلك هذا.

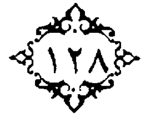
قال: وإن ارتدَّا معًا وأَسْلَما معًا فهما على نكاحِهما.

---

(١) ما بين المعقوفين ليس في (أ٢، س، ش، ض، ظ، ل).

(٢) في (ر، ي): «فهو».

(٣) في (س): «فلا».



وهذا الذي ذكَره استِحْسانٌ، والقياسُ أن تَقَعَ الفُرْقةُ، وهو قولُ زفرَ[1]، وبه قال الشافعيُّ[2].

دليلُنا: أن العربَ ارتدَّتْ بعْدَ رسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقاتَلهم أبو بكْرٍ وبعَث إليهم الجيوشَ حتى أَسْلَمُوا، ولم يُفَرِّقْ بينَهم وبينَ زوجاتِهم[3]، ولو أوجَب ذلك الفُرْقةَ بكلِّ حالٍ، لفرَّقَ بينَهم.

فإن قيل: مِن أين لكم أنهم ارتدُّوا معًا، والعادةُ أن رِدَّةَ أحدِ الزوجَيْنِ تَسْبقُ الآخَرَ.

قيل له: لما طرأَتِ الرِّدَّةُ ولم يُعْلَمْ سبْقُ أحدِهما، حُكِم بوقوعِ ذلك معًا، كما نقولُ في الغَرْقى[4]، ولأنهما لم يَخْتَلِفا في دِينٍ، فلا تَقَعُ الفرقةُ بينَهما لأَجْلِ الدِّينِ، أصلُه المجُوسِيَّيْنِ والمسلِمَيْنِ.

فإن قيل: لو ارتدَّ أحدُهما وقعَتِ الفُرْقةُ فارتدادُهما أَوْلى أن يُوجِبَ الفُرْقةَ.

قيل له: إذا ارتدَّ أحدُهما اختلَفا في الدِّين على وجْهٍ يَمْنَعُ ابتداءَ النكاحِ ودوامَه، فأثَّر ذلك في الفُرْقةِ، وهاهنا بخلافِه.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٣٧)، «الهداية» (١/ ٢١٥)، و«العناية» (٣/ ٤٣٠).

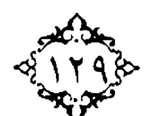
(٢) مذهب الشافعية إذا كانت الردة منهما قبل الدخول بطَل، وإن كانت بعد الدخول وقف على انقضاء العدة.

ينظر: «الحاوي» (٩/ ٢٩٦)، و«المهذب» (٣/ ٤٦٠)، و«بحر المذهب» (٩/ ٢٩١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ١٤٢).

(٣) ينظر: «التجريد» (٩/ ٤٥٥١).

(٤) في (ح): «الحرقى والغرقى». وبعده في (ر) بين السطرين منسوبًا لنسخة: «والهدمى».

وقال الكاساني في «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٣٨): «ثم نقول: الأصل في كل أمرين حادثين إذا لم يعلم تاريخ ما بينهما أن يحكم بوقوعهما معًا كالغرقى، والحرقى، والهدمى».



قال: ولا يَجوزُ أن يتزوَّجَ المرْتَدُّ مسلِمةً، ولا كافرةً، ولا مرتدَّةً.

وذلك لأن الرِّدَّةَ تؤثِّرُ في زوالِ الأَمْلاكِ فلا يُفِيدُ[1] المِلْكَ مع وجودِها كالموتِ؛ ولأن الرِّدَّةَ تَمْنَعُ بقاءَ النكاحِ، وحالُ الابتداءِ آكَدُ مِن البقاءِ فلأنْ يَمْنَعَ ابتداءَ النكاحِ أَوْلى.

قال: وكذلك المرتدَّةُ لا يتزوَّجُها مسلِمٌ، ولا كافِرٌ[2].

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّۚ﴾ [البقرة: ٢٢١]. وهو عامٌّ؛ ولأنها لو ارتدَّتْ بطَلَ نكاحُها، فلأن يَمْنَعَ وجودُ الرِّدَّةِ ابتداءَ نكاحِها[3] أَوْلى.

قال: وإذا كان أحدُ الزوجَيْنِ مسلِمًا فالولَدُ على دِينِه، وكذلك إنْ أَسْلَم أحدُهما وله ولدٌ صَغيرٌ صار ولدُه مسلِمًا بإسلامِه[4].

والأصلُ في ذلك قولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ فَأَبَواهُ يُهَوِّدَانِهِ وَيُنَصِّرَانِهِ»[5]. فبيَّنَ أن الولَدَ يَتْبَعُ الأَبَوَيْنِ في الدِّينِ.

(١) في (أ، ح، غ): «يبتدأ».

(٢) بعده في (ح، ظ): «ولا مرتد».

(٣) في (أ، ش، ع، ل): «النكاح».

(٤) قال في حاشية (ح): «ولا نحكم بإسلام والد الولد إذا أسلم الجد، ذكره الولوالجي في باب الولاء».

(٥) أخرجه البخاري (١٣٨٥)، ومسلم (٢٦٥٨) عن أبي هريرة.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٥): «الفِطرة: الابتداء والاختراع، والمعنى أنه يولد على نوع من الجبلة والطبع المتهيئ لقبول الدين، فلو ترك عليها لاستمر على =



وإذا ثبت ذلك قُلْنا: إذا أَسْلَم أحدُ الأَبَوَيْنِ، أو كان مسلِمًا؛ لا يَخْلُو إمَّا أن يَتْبَعَ المسلِمَ في دِينِه أو يَتْبَعَ الكافِرَ، وحكْمُ الإسلامِ أَقْوَى لقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الإِسْلَامُ يَعْلُو وَلَا يُعْلَى»[1]. وإذا كان الإسلامُ أَقْوَى تَبِعه الولدُ فيه، ولأن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَثْبت له حكْمَ الفِطْرَةِ بنفْسِه ونقَلَهُ عنها بالأَبَوَيْنِ جميعًا، فلمَّا لم يَجْتَمِعا على الكفْرِ لم يَنْقُلَاهُ[2] عن الفِطْرَةِ.

قال: وإذا كان أحدُ الأَبَوَيْنِ كتابِيًّا والآخَرُ مَجُوسِيًّا فالوَلَدُ كِتابِيٌّ.

وقال الشافعيُّ: هو على دِينِ الأَبِ[3].

لنا: أن أحدَ الأَبَوَيْنِ له حكْمُ الإسلامِ بدليلِ أن الكتابِيَّ يَجوزُ أكْلُ ذبيحتِه ومناكحتُه فتَبِعه الولَدُ، كما لو كان الأبُ مسلِمًا مجنونًا والأُمُّ مجوسِيَّةً.

فإن قيل: اجتَمَع في هذا الولدِ حكْمُ الحظْرِ والإباحةِ، فوجَب أن يُغَلَّبَ

لزومها ولم يفارقها إلى غيرها، وإنما يعدل عنه من يعدل لآفة من الآفات، ثم تمثل بأولاد اليهود والنصارى في اتباعهم لآبائهم، والميل إلى أديانهم عن مقتضى الفطرة السليمة. وقيل: كل مولود يولد على معرفة اللَّه تعالى والإقرار به، فلا تجد أحدًا إلا وهو يقر أن اللَّه تعالى صانع، وإن سماه بغير اسمه، أو عبد معه غيره».

(١) أخرجه البخاري تعليقًا (٢/ ٩٣) قبل الحديث (١٣٥٤) عن ابن عباس موقوفًا، والدارقطني (٣٦٢٠) من طريق حشرج بن عبد اللَّه بن حشرج، عن أبيه، عن جده، عن عائذ بن عمرو به مرفوعًا. قال الدارقطني: «عبد اللَّه بن حشرج وأبوه مجهولان». وفي «دلائل النبوة» للبيهقي (٦/ ٣٧) عن عمر مرفوعًا: «هذا الدِّين يعلو ولا يعلى». وفي «تاريخ واسط» لبحشل (ص١٥٥) عن معاذ مرفوعًا: «الإيمان يعلو ولا يعلى». ينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢١٣)، و«تغليق التعليق» (٢/ ٤٨٧، ٤٨٨).

(٢) في (أ، ظ، ع، ل): «ينقلا».

(٣) لم أهتد إليه.

حكْمُ الحظْرِ، أصلُه المتولِّدُ بينَ الحمارِ الأهلِي والوَحْشِيِّ.

قُلْنا: هذا يَبْطُلُ بما إذا كان أحدُ الأَبَوَيْنِ قد أَسْلَم.

قال: وإذا تزوجَّ الكافِرُ بغيرِ شُهُودٍ، وفي عدَّةِ كافرٍ[1]، وذلك في دِينِهم جائزٌ، ثم أسْلَما أُقِرَّا عليه.

أما إذا تزوَّج بغيرِ شهودٍ فإنهما يُقَرَّانِ عليه عندَ أصحابِنا، وقال زفرُ: لا يَصِحُّ ولا يُقَرُّ[2] عليه.

وجْهُ قولِ أصحابِنا: أن الشهادةَ في ابتداءِ النكاحِ مُعْتَبَرةٌ لحقِّ اللّهِ تعالى، والكافرُ غيرُ مخاطَبٍ بحقوقِ اللّهِ تعالى في أحكامِ الدنيا، وفي حالِ بقاءِ النكاحِ الشهادةُ غيرُ مُعْتَبَرةٍ أيضًا، ألا تَرى أن موتَ الشهودِ لا يؤثِّرُ فيه، وإذا لم يُعْتبَرْ ذلك في حقِّ الكافِرِ؛ لا في الابْتِداءِ، ولا في حالِ البقاءِ، لم يُؤَثِّرْ فقْدُها.

وجْهُ قولِ زفرَ: أنه نكاحٌ فاسِدٌ فيَسْتَوِي فيه المسلِمُ والذِّمِّيُّ، أصلُه نكاحُ ذواتِ المحارِمِ.

وأما إذا تزوَّج الذِّمِّيُّ ذِمِّيَّةً في عِدَّةٍ مِن ذِمِّيٍّ جاز النكاحُ عندَ أبي حنيفةَ، فإذا أَسْلَما أُقِرَّا عليه.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ، وزفرُ: النكاحُ فاسِدٌ[3].

---

(١) بعده في (ح، ظ): «آخر».

(٢) في (أح، ر، ض، ي): «ولا يقران»، وفي (س): «فلا يقر». وينظر: «العناية» (٣/ ٤١٣)، و«البناية» (٥/ ٢٣٣)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ١٧١).

(٣) ينظر: «المبسوط» (٥/ ٣٨)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣١١).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن العِدَّةَ تَجِبُ لحقِّ اللَّهِ تعالى ولحقِّ الزوجِ، فما كان مِن حقِّ اللَّهِ تعالى فالذِّمِّيانِ لا يُخاطَبانِ به في أحكامِ الدنيا، وما كان مِن حقِّ الزوجِ فالذِّمِّيُّ لا يَعْتَقِدُه حقًّا فسقطَتِ العِدَّةُ في ابتداءِ العقْدِ، فلا يَجوزُ أن يؤثِّرَ في حالِ البقاءِ.

ولا يُشْبِهُ هذا إذا تزوَّجها في عِدَّةٍ مِن مسلمٍ؛ لأن المسلِمَ يَعْتَقِدُ أن العِدَّةَ حقًّا[1] له فيجب لأجله فيمنع صحة العقد.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ: أن النكاحَ في حالِ العِدَّةِ مُجْمَعٌ على تحريمِه فصار كنكاحِ ذواتِ المحارِمِ.

قال: وإنْ تزوَّج المجُوسِيُّ أُمَّه أو ابنتَه، ثُم أَسْلَما فُرِّق بينَهما.

وذلك لأن الفسادَ في نفْسِ المعقودِ عليه، ألا ترى أنه يَسْتَوِي فيه حالُ الابتداءِ والبقاءِ، والفسادُ إذا حصَل في نفْسِ المعقودِ عليه أفْسَد العقدَ، وهذا اتِّفاقٌ منهم، [2]إلا أن[2] أبا حنيفةَ قال: لا يُعْتَرَضُ عليهم فيما عقَدُوه مِن ذلك إلا أن يترافَعُوا إلينا، أو يُسْلِمَ أحدُهما. وقال أبو يوسفَ: أُفَرِّقُ[3] بينَهم ترافَعُوا إلينا أو لم يَترافَعُوا. وقال محمدٌ: إذا ترافع أحدُهما فرَّقْتُ وإلَّا لم أُفَرِّقْ[4].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ إذا لم يترافَعُوا: هو أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

---

(١) في (ح، ر، ش، ي): «حق».

(٢) في (أ٢، س، غ): «لأن»، وفي (ح): «ألا ترى».

(٣) في (ع): «فرق».

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٣١١)، و«الهداية» (١/ ٢١٣)، و«البناية» (٥/ ٢٣٥).



كَتَب إلى مجوسِ هجرَ: «إِمَّا أَنْ تَذَرُوا الرِّبَا أَوْ فَأْذَنُوا بِحَرْبٍ مِنَ اللَّهِ وَرَسُولِهِ»(١).

ولم يَكْتُبْ شيئًا في أنكحتِهم؛ ولأنَّ المسلِمِينَ فتَحُوا بلادَ فارسَ ولم يتعرَّضُوا لأنكحتِهم، ولأنه أَمْرٌ يعتقِدُونه دِينًا ليس فيه ضررٌ يَعُودُ إلى المسلِمِين فصارَ ككفرِهم.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: قولُه تعالى: ﴿وَأَنِ ٱحْكُم بَيْنَهُم بِمَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ﴾ [المائدة: ٤٩]. وهو عامٌّ.

وأما إذا رَضِي أحدُهم بحُكْمِنا، قال أبو حنيفةَ: لا يُفَرَّقُ بينَهم، وقال محمدٌ: يُفَرَّقُ بينَهما.

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: قولُه تعالى: ﴿فَإِن جَآءُوكَ فَٱحْكُم بَيْنَهُمْ﴾ [المائدة: ٤٢]. فعلَّق الحكْمَ بشَرْطٍ وهو اجتماعُهم عليه، فإذا رَضِي أحدُهم لم يُوجَدِ الشرْطُ، ولأن تَرْكَ الاعتِراضِ حقٌّ لهما، فإذا رَضِي أحدُهما بإسقاطِ حقِّه بَقِي

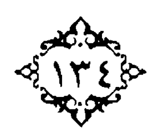
---

(١) غريب بهذا اللفظ، وقد ذكره السرخسي في «المبسوط» (١٤/ ٥٨)، والكاساني في «بدائع الصنائع» (٢/ ٣١٢).

وأخرجه بنحوه ابن زنجويه في «الأموال» (٩٨، ١٣٥) عن معاوية بن قرة، وليس فيه ذكر الربا. وكذا أخرج عبد الرزاق (١٠٠٢٨، ١٩٢٥٦)، وابن أبي شيبة (٣٣٣١٣، ٣٣٣٢٨) مرسلًا عن الحسن بن محمد بن علي: «كَتَبَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إِلَى مَجُوسِ هَجَرَ يَدعُوهُم إِلَى الإِسلَامِ: فَمَن أَسلَمَ قَبِلَ مِنهُ الحَقَّ، وَمَن أَبَى كَتَبَ عَلَيهِ الجِزيَةَ، وَلَا تُؤكَلُ لَهُم ذَبِيحَةٌ، وَلَا تُنكَحُ مِنهُم امرَأَةٌ».

قال في حاشية (ح): «فلم يقرهم عليه حين علم تبايعهم به. رازي».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٦): «هَجَر بوزن الماضي: اسم قرية كانت قرب المدينة، وقيل: اسم لجميع أرض البحرين. وقال في المغرب: هجر اسم موضع. انتهى». ينظر: «المغرب» (٢/ ٣٧٨).



حقُّ الآخَرِ بحالِه.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الطالِبَ لحُكْمِنا مُلْتَزِمٌ له فصار كما لو أَسْلَم أحدُهما.

وقد قال أبو حنيفةَ، وأبو يوسفَ: في الحربيِّ إذا أَسْلَم وتحتَه خمسُ نسوةٍ أو أُخْتَينِ؟ فإن كان تزوَّجَهُنَّ في عُقُودٍ[1] مُتَفرِّقةٍ صحَّ نكاحُ الأَوَّل[2]، وبطَل نكاحُ الآخَرِ[3]، وإن كان تزوَّجهنَّ في عقْدةٍ واحدةٍ فرَّق بينَه وبينَهُنَّ.

وقال محمدٌ: يَختارُ منهنَّ أربعًا بعْدَ الإسلامِ وإحدى الأُخْتَيْنِ في الوَجْهَيْنِ جميعًا[4]. وبه قال الشافعيُّ، إلَّا أن الشافعيَّ يشتَرِطُ في جوازِ الاختيارِ أن يُسْلِمْنَ قبْلَ انقضاءِ عدَّتِهنَّ[5].

وجْه قولِهما: ما رُوِي: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان إذا بعَث جيشًا أَوْصَى أميرَهم إلى أن قال: «ادْعُوهُمْ إِلَى شَهَادَةِ أَنْ لَا إِلَهَ إِلَّا اللَّهُ وَأَنِّي رَسُولُ اللَّهِ، فَإِنْ أَجَابُوكَ فَأَعْلِمْهُمْ أَنَّ لَهُمْ مَا لِلْمُسْلِمِينَ وَعَلَيْهِمْ مَا عَلَيْهِمْ»[6]. ومعلومٌ أن المسلِمَ إذا تزوَّج أختَيْنِ أو خمسًا في عُقْدةٍ لا يَختارُ منهُنَّ، بل يَبْطُلُ العقدُ في

(١) في (أ٢، ي): «عُقَد»، وفي (ظ، ع): «عقدة»، وفي (ل): «عقد واحد».

(٢) في (ح، ر، ض): «الأولى».

(٣) في (ر، ض): «الأخرى».

(٤) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٢٢٣)، و«التجريد» (٩/ ٤٥١٧)، و«بدائع الصنائع» (٢/ ٣١٤).

(٥) ينظر: «الأم» (٥/ ٥٣)، و«الحاوي» (٩/ ٢٥٦)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٢٨٣)، و«بحر المذهب» (٩/ ٢٥٠).

(٦) أخرجه مسلم (١٧٣١)، وابن الجارود (١٠٤٢) واللفظ له، عن بريدة بن الحصيب. وأخرجه بنحوه أبو داود (٢٦٤١) والترمذي (٢٦٠٨)، والنسائي (٣٩٦٧) عن أنس. وقال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح غريب من هذا الوجه».



جميعِهنَّ، كذلك هذا؛ ولأنه تحريمُ جمْعٍ، فلا يُخَيَّرُ فيه بعْدَ الإسلامِ، أصلُه الجمْعُ بينَ الزوجَيْنِ[1].

وجْهُ قولِ محمدٍ: وهو استِحْسانٌ، ما رُوِي: «أن غيلانَ أَسْلَمَ وتحتَه عشْرُ نِسْوةٍ، فأَمَره رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يَختارَ منهنَّ أربعًا»[2]، «وأَسْلَم فيروزُ الدَّيْلَمِيُّ وتحتَه أُختانِ، فخيَّره النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فيهما»[3]، وهذا لا دليلَ فيه، لأنه محمولٌ على أن العقْدَ وقَع في حالِ الإباحةِ قبْلَ نزولِ الأحكامِ والفرائضِ، الذي يُبَيِّنُ ذلك أن في الخبرِ أن غيلانَ أَسْلَمَ وقد تزوَّج في الجاهليةِ.

وعن مَكْحُولٍ[4]، أنه قال: «كان ذلك قبْلَ نزولِ الفرائضِ». لأن تحريمَ الجمْعِ ثبَت بسورةِ النساءِ، وهي مدَنيَّةٌ.

وقد رُوِي: أن فيروزَ الدَّيْلَمِيَّ لمَّا هاجَر إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال له: إنَّ تَحْتِي أُخْتَينِ[5] فقال له:...

(١) في (أ): «الزوجتين»، وفي (ر): «الأختين».

(٢) أخرجه الترمذي (١١٢٨)، وابن ماجه (١٩٥٣) عن ابن عمر. وقال الترمذي: «قال البخاري: هذا حديث غير محفوظ». ونقل ابن دقيق العيد: «أن مسلمًا حكم على معمر بالوهم فيه، وأن من صحَّحه، يعتمد على عدالة معمر وجلالته». ينظر: «الإلمام بأحاديث الأحكام» (٢/ ٦٤٥).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٢٤٣)، والترمذي (١١٢٩، ١١٣٠)، وابن ماجه (١٩٥١)، وابن حبان (٤١٥٥)، والبيهقي (٧/ ١٨٤)، وفي «المعرفة» (٤١٩٦) عن فيروز الديلمي. قال الترمذي: «حديث حسن». وقال البيهقي، وقد أخرجه من طريق أبي داود: «هذا إسناد صحيح».

(٤) في (ح): «محمد». وأشار في الحاشية أنه كالمثبت في نسخة.

(٥) كذا على الجادة من (ر، ض، ض١)، وفي (س): «تحتي أختان» من غير ذكر إن الناصبة، وفي (أ، أ٢، ح، ش، ظ، ع، غ، ل، ي): «أختان». وهي لغة صحيحة على طريقة من يُلزِمُ =

«ارْجِعْ فَطَلِّقْ إِحْداهُمَا»[1]، وهذا يدُلُّ على أن العقدَ وقَع صحيحًا في الأصلِ.

وقد قال أصحابُنا: إن للمرأةِ أن تَمْنَعَ نفْسَها قبْلَ أن يدْخُلَ بها الزوجُ حتى يُعْطِيَها جميعَ المهْرِ؛ وذلك لأن حقَّها لم يتعيَّنْ في البدَلِ، فكان لها حبْسُ نفْسِها والمطالبةُ بالقَبْضِ ليتعيَّنَ حقُّها، كما للبائعِ حبْسُ المبيعِ حتى يَسْتَوْفِيَ الثمنَ[2].

وإذا ثبَت أن لها أن تَمْنَعَ نفْسَها: كان لها الخروجُ مِن منزلِ الزوجِ لحاجتِها وليس للزوجِ منْعُها؛ وذلك لأن الحبْسَ إنما يَسْقُطُ إذا وفَّاها[3] حقَّها، فما[4] لم يُوجَدْ ذلك فلها التصرُّفُ في نفسِها، فإذا أعطاها جميعَ المهْرِ فله أن يَمْنَعَها مِن الخروجِ وله أن يَدْخُلَ بها؛ لأن حقَّها مِن الحبْسِ قد سقَط ووجَب عليها تسليمُ نفْسِها.

قالوا: ولو أَعطاها جميعَ المهْرِ إلا درهمًا كان لها أن تَمْنَعَ نفْسَها، وأن تَخْرُجَ مِن منزلِها[5]، وذلك لأن[6] الحبْسَ الذي ثبَت لأجْلِ البدَلِ لا يتبعَّضُ كحَبْسِ

المثنَّى وما يلحق به الألف مطلقًا، رفعًا ونصبًا وجرًّا؛ وهم: كنانة، وبنو الحارث ابن كعب، وبنو العنبر، وبنو الهُجَيم، وبطونٌ من ربيعة، وبكر بن وائل، وزُبَيد، وخَثعَم، وهَمدان، وفزارة، وعُذرة؛ وهذا لأنهم يعاملون المثنَّى والملحق به معاملة الاسم المقصور؛ فيعربونَهُ بحركاتٍ أصليَّة مقدَّرة على الألف، رفعًا ونصبًا وجرًّا. ينظر: «شرح التسهيل» (١/ ٦٢، ٦٣)، و«شرح الأشموني» (١/ ٨٤، ٨٥)، و«شرح المفصَّل» (٣/ ١٢٨، ١٢٩)، و«همع الهوامع» (١/ ١٤٥، ١٤٧/ باب المثنى)، و«البحر المحيط» (٦/ ٢٣٨).

(١) تقدَّم بنحوه.

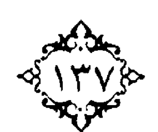
(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٨٨)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٩٩)، و«العناية» (٣/ ٣٧٠).

(٣) في (أ٢، ر، ش، ي): «أوفاها».

(٤) في (ر، س، ظ، ي): «فلما»، وفي (ل): «وإن».

(٥) في (أ٢، ح، ر، غ): «منزله»، وبعده في (ح): «حتى يتم لها مهرها».

(٦) بعده في (ح): «حق».



البائعِ، ولا يكونُ له استرجاعُ ما دفَع إليها مِن المهْرِ؛ لأنها قبَضَتْه بحقٍّ، والقبْضُ إذا وقَع بحقٍّ لا يُفْسَخُ.

وأما إذا دخَل بها برضاها، فقال أبو حنيفةَ: لها أن تَمْنَعَ نفْسَها حتى تَسْتَوْفِيَ المهْرَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: ليس لها ذلك. وهو قولُ أبي حنيفةَ الأوَّلِ[1]، وبه قال الشافعيُّ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن المهْرَ في مقابلةِ كلِّ استمتاعٍ يوجَدُ في عقدِ النكاحِ، بدليلِ أنه لو كان في مقابلةِ الوَطْءِ الأوَّلِ لم يَجِبْ عليها تسليمُ نفْسِها في الوَطْءِ الثاني؛ لأنها قد وفَّت ما في [3]مقابلةِ العوضِ[3]، ولكان يُوجَدُ وطْءُ الحرَّةِ فيما بعْدَ الوَطْءِ الأوَّلِ بغيرِ عِوَضٍ، ولكان إذا وَطِئها مكْرَهةً أن لا يكونَ لها أن تَمْنَعَ نفْسَها؛ لأن الثاني مِن الوَطْءِ لا بدَلَ في مقابلتِه، وإذا بطَل جميعُ ذلك لم يَبْقَ إلا أن يكونَ المهْرُ[4] في مقابلةِ كلِّ وطْءٍ يُوجَدُ في العقدِ، فيكونُ الوَطْءُ الثاني في مقابلةِ جزءٍ مِن المهْرِ، فلها أن تَمْنَعَ نفْسَها حتى تَسْتَوْفِيَه كالوَطْءِ الأوَّلِ، وكمَن باع عبْدَيْنِ فسلَّم أحدَهما فله حبْسُ الآخرِ.

فإن قيل: قد وُجِد التسليمُ الذي يتعلَّقُ به جوازُ التصرُّفِ فسقَط حقُّ الحبْسِ، كالمؤجِّرِ إذا أَسْلَم الدارَ المُسْتأْجَرَةَ.

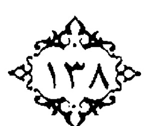
---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٢٨٩)، و«الهداية» (١/ ٢٠٦)، و«العناية» (٣/ ٣٧٢).

(٢) لم نهتد إليه.

(٣-٣) في (أ): «مقابله»، وفي (أ٢، ض): «مقابلة المهر».

(٤) في (ح): «الوطء».



قيل له: هذا يَبْطُلُ به[1] إذا خلَّتْ بينَه وبينَ نفْسِها، ثم منَعَتْه مِن الوطْءِ، فلها ذلك مع وجودِ التسليمِ الذي يُبِيحُ التصرُّفَ، وأما الإجارةُ فعندَنا الأُجرةُ لا تُستَحَقُّ بالعقدِ، فإن كان قد أَطْلَق العقدَ، فلا يثْبُتُ الحبْسُ قبْلَ التسليمِ ولا بعْدَه لعدمِ استحقاقِ الأُجْرةِ، وإن كان قد أجَّر وشرَط تعجيلَ الأُجْرةِ وسلَّم الدارَ قبْلَ التعْجِيلِ، فالفَرْقُ أنه لو سُلِّمتِ الدارُ فلم يَسْكُنْها لم يثْبُتْ للمؤَجِّرِ حقُّ الرجوعِ للحَبْسِ، كذلك بعْدَ السُّكْنَى[2]، وفي النكاحِ لو سلَّمَتِ المرأةُ نفْسَها جاز لها أن تَمْنَعَ قَبْلَ الوطْءِ كذلك بعْدَه.

قال: وإذا كان للرجلِ امرأتانِ حُرَّتانِ، فعليه أن يَعْدِلَ بينَهما في القَسْمِ؛ بِكْرَيْنِ[3] كانتا، أو ثَيِّبَيْنِ[4]، أو أحدُهما بِكْرًا، والأُخرى ثَيِّبًا.

والأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ [النساء: ٣]. فهذا يدُلُّ على وجوبِ العدْلِ بينَ النساءِ في القَسْمِ، ولِما روَتْ عائشةُ: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يَقْسِمُ بينَنا فيَعْدِلُ في القَسْمِ، ثُم يقول: «**اللَّهُمَّ هذا قَسْمِي فِيمَا أَمْلِكُ، فَلَا تُؤَاخِذْنِي فِيمَا تَمْلِكُ وَلَا أَمْلِكُ**»[5].

(١) ليس في (ي)، وفي (ض): «بما».

(٢) في (أ٢، غ): «التسكين»، وفي (ح): «التسليم»، وفي (س، ظ): «هذا».

(٣) في (أ، س، ظ، ع، غ): «بكران»، وفي (أ٢): «بكرتين».

(٤) في (أ، أ٢، ش، ع، غ): «ثيبتين».

(٥) أخرجه أبو داود (٢١٣٤)، والترمذي (١١٤٠)، والنسائي (٣٩٤٣)، وفي «الكبرى» (٨٨٩١)، وابن ماجه (١٩٧١) من طريق حماد، عن أيوب، عن أبي قلابة، عن عبد اللَّه بن يزيد الخطمي، عن عائشة. قال الترمذي: «هكذا رواه غير واحد عن حماد بن سلمة، عن أيوب، عن أبي قلابة، =



وإنما قُلْنا: إنه يَسْتَوِي في ذلك البِكْرُ والثَّيِّبُ لعمومِ الآيةِ؛ ولأنه لا خلافَ في أنهنَّ مُتَساوِيَيْنِ[1] في حالِ البقاءِ فكذلك في حالِ الابتداءِ، أصلُه إذا تزوَّجهُنَّ في عقْدٍ واحدٍ.

وقد قال أصحابُنا: يَستَوِي في القَسْمِ الحرَّةُ المسلِمةُ والكتابيةُ؛ وذلك لأن القَسْمَ حكْمٌ مِن أحكامِ النكاحِ، وهما لا يَختَلِفانِ في أحكامِ النكاحِ[2].

قال: فإن كانت إحداهما حُرَّةً والأُخرى أَمَةً فللحُرَّةِ الثلثانِ مِن القَسْمِ وللأَمَةِ الثلُثُ.

وذلك لما رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «لِلْحُرَّةِ الثلثانِ مِن القَسْمِ، ولِلْأَمَةِ الثلُثُ»[3]. ولا مُخالِفَ له.

قال: ولا حقَّ لهُنَّ في القَسْمِ حالَ السفَرِ، يُسافِرُ[4] الزوجُ بمَنْ شاء منهُنَّ.

وذلك لأن الزوجَ لا يَلْزَمُه استصحابُ زوجتِه[5] في السفَرِ، فلا يَلْزَمُه القَسْمُ

عن عبد اللَّه بن يزيد، عن عائشة: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يقسم». ورواه حماد بن زيد، وغير واحد، عن أيوب، عن أبي قلابة مرسلًا: «أن النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يقسم». وهذا أصح من حديث حماد بن سلمة». ينظر: «العلل الكبير» للترمذي (ص ١٦٥)، و«علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٢٧٩)، و«علل الدارقطني» مسألة (٣١٧٦).

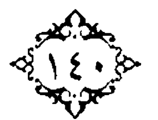
(١) في (ر): «متساويتان»، وفي (ش): «متساوين»، وفي (ض): «متساويات»، وفي (ع، ل): «متساويتين».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٣٢)، و«لسان الحكام» (ص٣٢٢)، و«مجمع الأنهر» (١/ ٣٧٣).

(٣) تقدَّم.

(٤) في (ي): «فيسافر».

(٥) في (ح): «زوجة».



لها لمَّا[1] [2]لم يكن لها حقٌّ[2] في السفَرِ، وإذا ثبَت أنه لا حقَّ لهنَّ في السفَرِ كان له أن يُسافِرَ بِمَن شاء منهُنَّ، كما له أن يُسافِرَ بِمَن شاء مِن إمائِه.

قال: والأَوْلى أن يُقْرِعَ بينَهُنَّ فيُسافرَ بِمَن تخْرُجُ قُرْعتُها.

وذلك لما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان إذا أراد السفَرَ أَقْرَع بينَ نسائِه»[3]، وهذا إنما كان يَفْعَلُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تَطْيِيبًا لقلوبِهِنَّ حتى لا يُظَنَّ به الميلُ إلى إحداهُنَّ.

وقد قال الشافعيُّ: إذا سافر بإحدى نسائه بغير قُرْعةٍ قضَى للباقِياتِ بالقَسْمِ[4].

وليس بصحيحٍ؛ لأن الزوجَ لا يَلْزَمُه أن يُسافِرَ بنسائِه، فإذا أَخْرَج واحدةً فقد تبرَّع بإخراجِها، والزوجُ إذا تبرَّع على إحدى نسائه لم يَلْزَمْه التسويةُ بينَها[5] وبينَ غيرِها، كما لو وهَب لها هِبةً.

فإن قيل: انفرَد بالكَوْنِ معها مِن غيرِ حقٍّ فوجَب أن يَقْضِيَ لغيرِها كما لو كان في الحضَرِ.

قيل له: في حالِ الحضَرِ لو أقام عندَ إحداهُنَّ بقُرْعةٍ قضَى فإذا أقام بغيرِ قُرْعةٍ قضَى، ولمَّا لم يَجِبِ القضاءُ في مسألتِنا إذا انْفَرَد بها بقُرْعةٍ كذلك إذا كان بغيرِ قُرْعةٍ.

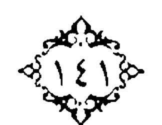
---

(١) في (ح، ض، ل): «ما»، وفي (ي): «كما لم يلزمه قسم». (٢-٢) ليس في (ي).

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٩٣)، (٢٦٦١)، ومسلم (٢٧٧٠) عن عائشة.

(٤) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٨٨)، و«الحاوي» (٩/ ٥٩٣)، و«المهذب» (٢/ ٤٨٥)، و«بحر المذهب» (٩/ ٥٦١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٦٤).

(٥) في (أ٢، س، ض، ل): «بينهما».



وقد قال الشافعيُّ: إذا تزوَّج الرجلُ امرأةً وعندَه امرأةٌ فإن كانتِ الجديدةُ بِكْرًا فضَّلها بسبعةِ أيامٍ، وإن كانت ثَيِّبًا خيَّرها؛ فإن شاء أقام عندَها سبعًا وعند كلِّ واحدةٍ سبعًا ولم يَخُصَّها بزيادةٍ، وإن شاءتْ[1] أقام عندَها ثلاثةَ أيامٍ يُفَضِّلُها بها، ثُم يُسوِّي بينَهنَّ فيما بعْدُ[2].

وعندَنا: لا يُفَضِّلُ الجديدةَ، بل يُسَوِّي بينَهما[3].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَلَن تَسْتَطِيعُوٓاْ أَن تَعْدِلُواْ بَيْنَ ٱلنِّسَآءِ وَلَوْ حَرَصْتُمْ فَلَا تَمِيلُواْ كُلَّ ٱلْمَيْلِ﴾ [النساء: ١٢٩]. ولا يَجوزُ أن يُراد به مَيْلُ القَلْبِ؛ لأن الإنسانَ لا يَسْتَطِيعُ التسويةَ في المحبةِ، فلم يَبْقَ إلا أن يكونَ المرادُ به الميلَ بالفِعْلِ، وهذا موجودٌ في التفضيلِ، ولأنه لا يَجوزُ التفضيلُ بينَهنَّ حالَ بقاءِ العقدِ فلا يَجوزُ في الابتداءِ، أصلُه إذا تزوَّجها في عقدٍ واحدٍ وهما بِكْرانِ.

فإن قيل: رُوِي: أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لأُمِّ سلمةَ: «لَيْسَ بِكِ هَوَانٌ عَلَى أَهْلِكِ؛ إِنْ شِئْتِ سَبَّعْتُ لَكِ وَسَبَّعْتُ لَهُنَّ، وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ لَكِ وَدُرْتُ»[4].

قيل له: هذا دليلٌ لنا؛ لأنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أخْبَر أنه إذا سبَّع لها سبَّع لَهُنَّ مِن غيرِ تفضيلٍ، فأمَّا قولُه: «وَإِنْ شِئْتِ ثَلَّثْتُ لَكِ وَدُرْتُ». فمعناه: ودُرْتُ بالثلاثِ؛ لأنه لمَّا بيَّن أنه إذا أقام[5] عندَها سبْعًا دار بمثْلِها كان ذلك بيانًا للثلاثةِ، والذي

(١) في (س، ظ): «شاء».

(٢) ينظر: «المهذب» (٢/ ٤٨٥)، و«نهاية المطلب» (١٣/ ٢٥٩)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٥٥).

(٣) ينظر: «المبسوط» (٥/ ٢١٨)، و«العناية» (٣/ ٤٣٣)، و«البناية» (٥/ ٢٥٢).

(٤) أخرجه مسلم (١٤٦٠/ ٤٢).

(٥) في (أ، ح، ش، ض، ع، ل): «كان».

يُبَيِّنُ صحةَ ذلك أنها لو كانت تَسْتَحِقُّ ثلاثةَ أيامٍ تَنْفَرِدُ بها كان إذا أقام عندَها سبعةَ أيامٍ يَقْضِي لهنَّ أربعةَ أيامٍ؛ لأن ما تَسْتَحِقُّه لا يَسْقُطُ بزيادةِ المقامِ عندَها، ألا ترى أنها إذا كانتْ في آخرِ الدَّوْرِ، فأقام عندَها يومًا بعْدَ الدورِ الأوَّلِ، ثُم افْتَتَح بها الدَّوْرَ الثاني يومًا دار على الباقياتِ يومًا يومًا.

قال: وإذا رَضِيتْ (١) إحدى الزوجاتِ (١) بتَرْكِ قَسْمِها لصاحبتِها جاز، ولها أن تَرْجِعَ في ذلك.

والأصلُ فيه ما رُوِي: «أن سودةَ لمَّا أسنَّتْ خافتْ أن يُفارِقَها النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فجعلتْ يومَها لعائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُنَّ أجمعِينَ، فنزَل قولُه تعالى: ﴿وَإِنِ ٱمۡرَأَةٌ خَافَتۡ مِنۢ بَعۡلِهَا نُشُوزًا أَوۡ إِعۡرَاضًا فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَآ أَن يُصۡلِحَا بَيۡنَهُمَا صُلۡحًاۚ﴾ [النساء: ١٢٨]»(٢).

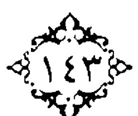
وأما قولُه: ولها أنْ تَرْجِعَ. فلأنها أَسْقَطَتْ حقًّا لم يَجِبْ فلم يَسْقُطْ بإسقاطِها، وإذا لم يَسْقُطْ كان لها المطالبةُ به عندَ وجوبِه(٣).

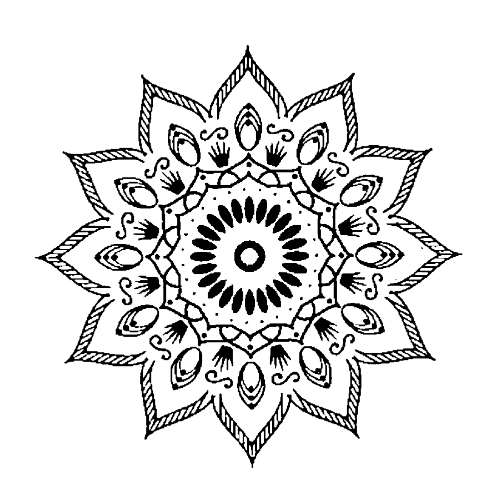
واللهُ أعلمُ

(١-١) في (ح): «إحدى الزوجتين»، وفي (ي): «المرأة».

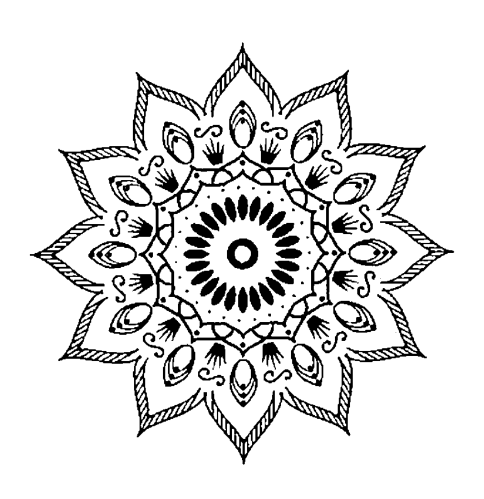
(٢) أخرجه البخاري (٥٢١٢)، ومسلم (١٤٦٣) عن عائشة.

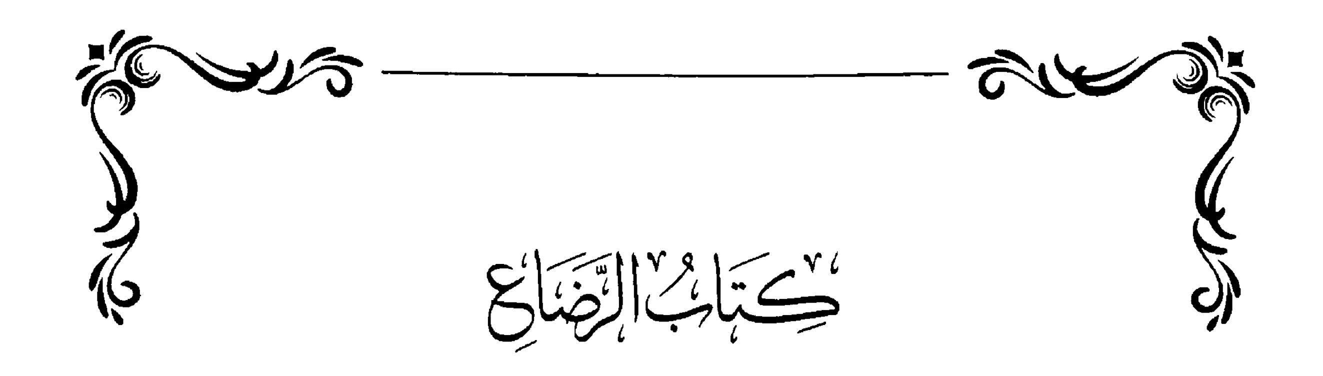
(٣) في (ش، ض، ظ، ق، ل): «وجوده».





كِتَابُ الرَّضَاعِ





كتاب الرضاع

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **قليلُ الرَّضاعِ وكثيرُه إذا حصَل في مُدَّةِ الرَّضاعِ تعلَّق به التحريمُ.**

والأصلُ في تَعَلُّقِ[1] التحريمِ بالرَّضاعِ قولُه تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُكُمُ ٱلَّٰتِيٓ أَرۡضَعۡنَكُمۡ وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣]، وقولُه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيۡهِ وَسَلَّمَ: «يَحْرُمُ مِن الرَّضاعِ ما يَحْرُمُ مِن النَّسَبِ»[2]. والتحريمُ يتعلَّقُ بقليلِ الرَّضاعِ وكثيرِه عندَنا[3]، وهو قولُ عليٍّ، وابنِ مسعودٍ، وابنِ عباسٍ، وابنِ عمرَ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُمۡ[4].

وقال الشافعي: يقعُ التحريمُ بخمسِ رَضَعاتٍ[5]. وهو قولُ عائشةَ، وابنِ الزبيرِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنۡهُمَا[6].

---

(١) في (ق، ل): «تعليق».

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٤٥)، ومسلم (١٤٤٧) من حديث ابن عباس. وأخرجه البخاري (٢٦٤٦)، ومسلم (١٤٤٥) من حديث عائشة.

(٣) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣١٤)، و«النتف» (١/ ٣١٦)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٣٧)، و«فتاوى قاضي خان» (١/ ٢٠٤).

(٤) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٣٩١٩، ١٣٩٢٠، ١٣٩٢٤)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٧٣١١، ١٧٣١٢، ١٧٣١٣، ١٧٣١٦، ١٧٣١٧).

(٥) ينظر: «الأم» (٦/ ٧٦)، و«الحاوي» (١١/ ٣٦٠).

(٦) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٣٩١٢، ١٣٩١٣)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٧٣٠٥)، =

وقال نفاةُ القياسِ بثلاثِ رَضَعاتٍ. وهو قولُ زيدِ بنِ ثابتٍ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ[1].

دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿وَأَخَوَٰتُكُم مِّنَ ٱلرَّضَٰعَةِ﴾ [النساء: ٢٣] ولم يُفصِّلْ، ولأنَّ الرَّضاعةَ مصدرٌ فيتناولُ القليلَ والكثيرَ، ولِما روِيَ عن[2] عليٍّ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، أنَّ[3] النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «تُحَرِّمُ الجُرْعةُ مِن الرَّضاعةِ كما يُحَرِّمُ الحَوْلانِ». ذكره أبو الحسنِ[4] في «جامعِه»[5].

ولأنَّه معنًى يُوجِبُ تحريمًا مُؤبَّدًا، فوجَب أن يَتعلَّقَ بمَرَّةٍ واحدةٍ، أصلُه الوطءُ في[6] عقدِ النكاحِ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «لا تُحَرِّمُ الرَّضْعةُ ولا الرَّضْعتانِ، ولا المَصَّةُ ولا المَصَّتانِ، ولا الإِمْلاجةُ ولا الإِمْلاجتانِ[7]».

و«شرح السنة» (٩/ ٨٢).

(١) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٧٣٠٦)، و«شرح السنة» (٩/ ٨٢)، والذي نص عليه في «المحلى» (١٠/ ٩- ١١): أنه لا يحرم إلا خمس رضعات، وقد أخرج مذهب زيد بالثلاث، وتعقبه.

(٢) من (أ، س، ش، ق، ل).

(٣) في (س): «أن قال»، وفي (ع): «عن».

(٤) بعده في (س): «الكرخي».

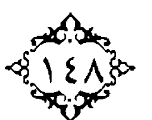
(٥) لم أهتد إليه.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٧): «الجُرْعَة بضم الجيم، وسكون الراء المهملة، وفتح العين المهملة، بعدها تاء التأنيث: الاسم من الشرب اليسير. وبفتح الجيم: المرة الواحدة منه».

(٦) في (أ، ج، ش، ل): «و».

(٧) في (م): «الإملاجتين».

=



قيل له: المَصَّةُ والإِمْلاجةُ عندَنا لا تُحَرِّمُ؛ لأنها قد تُوجَدُ ولا يَنْفصِلُ بها اللَّبنُ لضعفِ الصبيِّ حتى يَتكرَّرَ المَصُّ، فقد قُلنا بظاهرِ الخبرِ.

وأمَّا قولُه: «ولا الرَّضْعةُ ولا الرَّضْعتانِ». فهو تأويلُ الرَّاوي؛ حمَل المَصَّةَ على الرَّضْعةِ، والمشهورُ في الخبرِ ذكرُ المَصَّةِ والإِمْلاجةِ، ولأنَّ إثباتَ التحريمِ ونَفْيَه إنما يُقالُ في الكبيرِ الذي يُوصَفُ بالتحريمِ والتحليلِ؛ فأمَّا الصغيرُ فلا يَثبُتُ في حقِّه تحريمٌ، فعُلِم أنَّ الخبرَ ورَد في رضاعِ الكبيرِ، وقد كان العددُ مُعْتبَرًا فيه؛ لأنَّه لا يَكْتفِي بما يَكْتفِي به الصغيرُ، ثُمَّ نُسِخ رضاعُ الكبيرِ فسقَط العددُ.

والذي يَدُلُّ على ذلك، ما رُوِي عن ابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أنَّه سُئِل عن الرَّضاعِ، فقيل له: إنَّ الناسَ يقولون: لا تُحَرِّمُ الرَّضْعةُ ولا الرَّضْعتانِ؟ فقال: قد كان ذلك، فأمَّا اليومَ فالرَّضْعةُ الواحدةُ تُحَرِّمُ[1]». وقال ابنُ مسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «آلَ أمرُ الرَّضاعِ إلى أنَّ قليلَه وكثيرَه يُحَرِّمُ[2]».

وأمَّا قولُه: في الحولَين. فصحيحٌ، ورضاعُ الكبيرِ لا يَتعلَّقُ به التحريمُ، وإنما يُوجِبُ التحريمَ في حالِ الصغرِ؛ وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الرَّضاعُ ما أَنْبَتَ

والحديث أخرجه مسلم (١٤٥١) من حديث أم الفضل، مفرقًا؛ في رواية: «لا تحرم الرضعة أو الرضعتان أو المصة أو المصتان»، وفي رواية: «لا تحرم الإملاجة والإملاجتان».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٧): «الإِمْلاجَة بكسر الهمزة، وسكون الميم، وبعدها لام ألف، وجيم، وتاء التأنيث: والمَلْجَة بفتح الميم، وسكون اللام: المصة، من الملج، وهو: المص. يقال: ملج الصبي أمه، وأملجته: أرضعته».

(١) في (ر): «محرمة»، وفي (س): «يحرم». والأثر أخرجه ابن أبي شيبة (١٧٣١٦)، وأبو الحسن الكرخي، كما في «أحكام القرآن» للجصاص (٣/٦٧).

(٢) في (ر): «محرم». والأثر أخرجه بنحوه ابن أبي شيبة (١٧٣١٢).



اللَّحمَ وأنشَز العظمَ»[1]. وقال: «الرَّضاعةُ مِن المجاعةِ»[2].

وهذا يَدُلُّ على أنَّ التحريمَ يَتعلَّقُ بالرَّضاعِ إذا اكتَفى الصغيرُ به في الغذاءِ؛ لأنَّ الكبيرَ لا يَكْتفِي باللبنِ في الغذاءِ، فهو في حقِّه كلبنِ الشاةِ.

ورَوَى جابرٌ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لا رَضَاعَ بعدَ فِصَالٍ، ولا يُتْمَ بعدَ الحُلُمِ، ولا صمتَ يومٍ إلى الليلِ بغيرِ كلامٍ، ولا وِصَالَ في صيامٍ، ولا طلاقَ إلا بعدَ نكاحٍ، ولا عتقَ إلا بعدَ مِلْكٍ، ولا وفاءَ بنَذْرٍ في معصيةٍ[3]،

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٦٠)، وابن المنذر (٧٤٣٢)، والدارقطني (٤٣٦١) من حديث ابن مسعود مرفوعًا. وأخرجه سعيد بن منصور (٩٧٤، ٩٨٧-الأعظمي)، وابن أبي شيبة (١٧٣٠٨)، وأبو داود (٢٠٥٩) من حديثه موقوفًا.

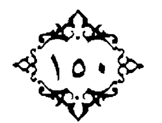
قال في حاشية (ح): «روي أن رجلًا من أهل البادية ولدت امرأته ولدًا فمات ولدها، فورم ثدي المرأة فجعل الرجل يمصه ويمجه فدخلت منه جرعة حلقه فسأل عنه أبا موسى الأشعري فقال: قد حرمت عليك، ثُمَّ جاء إلى ابن مسعود فسأله فقال: هل سألت عنها أحدًا قبلي فقال: نعم سألت أبا موسى الأشعري فقال: حرمت عليك فجاء ابن مسعود إلى أبي موسى فقال له: أما علمت أنه لا يحرم من الرضاع إلا ما أنبت اللحم، فقال أبو موسى الأشعري: لا تسألوني عن شيء ما دام الحبر بين أظهركم».

وقال: «الفطام في مدة الرضاع غير معتبر كما أن الرضاع بعد مدته غير معتبر فطم أو لم يفطم، وذكر الخصاف أنه إن فطم قبل مضي المدة واستغنى بالطعام لم يكن رضاعًا، وإن لم يستغن تثبت به الحرمة، وهو رواية عن أبي حنيفة وعليه الفتوى».

وقال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٧): «أَنْشَرَ العَظْمَ: أي شده وقواه من الإنشار، وهو: الإحياء. يقال: نشر الميت: إذا عاش، وأنشره اللَّه: أحياه. ويروى بالزاي: أي يدفعه. والمراد: أعلا وكبر، من النشز بالسكون والحركة: المرتفع من الأرض».

(٢) أخرجه البخاري (٢٦٤٧، ٥١٠٢)، ومسلم (١٤٥٥) من حديث عائشة.

(٣) بعده في (ر): «اللَّه».



ولا يمينَ في قطيعةِ رحمٍ، ولا تَغَرُّبَ بعدَ الهجرةِ، ولا هجرةَ بعدَ الفتحِ»[1].

فإن قيل: قد روي: «أنَّ أبا حذيفةَ بنَ عتبةَ، وكان مِن أصحابِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، كان قد تَبَنَّى سالمًا، وهو الذي يُقالُ له: سالمٌ مولى أبي حذيفةَ، كما تَبَنَّى رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ زيدَ بنَ حارثةَ، فلمَّا أنزلَ اللَّهُ عَزَّوَجَلَّ: ﴿ ٱدْعُوهُمْ لِآبَآئِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِندَ ٱللَّهِ ﴾ [الأحزاب: ٥]. رَدَّ كلُّ أحدٍ[2] مَن[3] تَبَنَّى إلى أبيه، فإنْ لم يُعلَمْ رُدَّ إلى مَوَالِيه، فجاءَتْ سهلةُ بنتُ سهيلٍ امرأةُ أبي حذيفةَ إلى رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وقالت: يا رسولَ اللَّهِ، كنَّا نرى[4] سالمًا ولدًا، وكان[5] يدخُلُ عليَّ[6]، وليس لنا إلا [7]بيتٌ واحدٌ[7]، فماذا ترى في شأنِه؟ فقال لها رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَرْضِعيه خمسَ رَضَعاتٍ يَحْرُمُ بِلَبَنِكِ[8]». فكانَتْ تَراه ابنًا مِن الرَّضاعةِ، فأخذتْ بذلك عائشةُ فيمَن كانَتْ تُحِبُّ أن يَدخُلَ عليها مِن الرجالِ، فتأمُرُ أختَها وبناتِ أختِها[9] أن يُرْضِعنَ[10] مَن أَحْبَبْنَ[11] أن يدخُلَ عليها[12]».

---

(١) أخرجه الطيالسي (١٨٧٦)، وابن عدي في «الكامل» (٢/ ٤٤٧)، والبيهقي (٧/ ٣١٩) من طريق حرام بن عثمان، عن أبي العتيق، عن جابر. وآفته حرام بن عثمان فعامة أحاديثه مناكير، وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢١٩)، و«إتحاف الخيرة» (٤/ ١٤٢-١٤٥).

(٢) في (ر، س): «واحد».

(٣) في (ي): «ممن».

(٤) في (ر): «نربي».

(٥) بعده في (ي): «إذ كان».

(٦) في (ج، ر، ق): «علينا».

(٧-٧) في (أ، ج، ر، ش، ض، ع، ي): «بنت واحدة».

(٨) في (س): «تبنيك».

(٩) في (ض): «أخيها».

(١٠) في (س، ع): «ترضعن»، ومهملة في (أ).

(١١) في (أ، ج، ض، ع، م، ي): «أحبت».

(١٢) في (ض١): «عليهن».

=

قيل له: إنْ كان الاستدلالُ بقولِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فهو منسوخٌ؛ لِما رِوي عنه عَلَيْهِ السَّلَامُ أنَّه قال: «لا رضاعَ بعدَ فصالٍ[1]». وبقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ «الرَّضاعُ ما أنبَت اللحمَ[2]». وإنْ كان الاستدلالُ بقولِ عائشةَ فقد رِوي أنَّ غيرَها مِن زوجاتِ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أبَى ذلك، وقُلْنَ: «ما نرَى ما فعَلَه وأمَر به صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سهلةَ إلا رُخْصةً في سالمٍ وحدَه»[3].

فإذا ثبَت أنَّ رضاعَ الكبيرِ لا يَتعلَّقُ به التحريمُ، ورضاعَ الصغيرِ يَتعلَّقُ به التحريمُ احْتَجْنا إلى حدٍّ فاصلٍ بينَ الأمرَيْن؛ فقال أبو حنيفةَ: يَثبُتُ حكمُ الرَّضاعِ في الصغيرِ إلى ثلاثينَ شهرًا، فما ارتضَع بعدَ ذلك لا يَتعلَّقُ به حكمٌ[4].

(5) **وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ**(5): إلى الحولَيْن[6]. **وبه قال الشافعيُّ**[7].

والحديث أخرجه مالك (٢/ ٦٠٥-٦٠٦) ومن طريقه الشافعي (٢/ ٢٢)، وعبد الرزاق (١٣٨٨٦). وأخرجه بنحوه البخاري (٤٠٠٠، ٥٠٨٨)، وأبو داود (٢٠٦١) من طرق عن الزهري، عن عروة، عن عائشة.

(١) في (أ، ج، ح، ض، ع، ق، م، ي): «الفصال». والحديث تقدَّم تخريجه.

(٢) بعده في (ي): «وأنشز العظم». والحديث تقدَّم تخريجه.

(٣) أخرجه ابن حبان (٤٢١٥) من طريق الزهري، عروة، عن عائشة. قال ابن عبد البر في «التمهيد» (٨/ ٢٥٠): «هذا الحديث يدخل في المسند للقاء عروة عائشة، وسائر أزواج النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وللقائه سهلة بنت سهيل».

(٤) في (ي): «تحريم». وينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٣٧)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ١٨١).

(٥-٥) في (س): «وعندهما»، وفي (ض، ي): «وقالا».

(٦) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٢٦٣)، و«التجريد» (١٠/ ٥٣٥٥)، و«النتف» (١/ ٣١٦).

(٧) ينظر: «الأم» (٥/ ٣٠)، و«الحاوي» (١١/ ٣٦٧)، و«بحر المذهب» (١١/ ٤٠٣، ٤٠٤).



وقال زفرُ: إلى ثلاثِ سنينَ[1].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: قولُه تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، ثُمَّ قال: ﴿فَإِنْ أَرَادَا فِصَالًا عَن تَرَاضٍ مِّنْهُمَا وَتَشَاوُرٍ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا﴾. فأثبتَ الفِصَالَ بعدَ[2] الحولَيْن بتراضِيهما، وهذا يَدُلُّ على عدمِ وقوعِه قبلَ تَراضِيهما، ثُمَّ قال: ولا جُناحَ عليكم أن تَستَرْضِعُوا أولادَكُم[3]. وهذا يُفِيدُ ما بعدَ الحولَيْن بالإجماعِ، فعُلِم أنَّه إذا استُرْضِع بعدَهما ثبَت الرَّضاعُ، ولأنها[4] مُدَّةٌ لنقلِ الصبيِّ مِن غذاءٍ إلى غذاءٍ، فجاز أن يُزادَ على مُعْتادِها، أصلُه مُدَّةُ الحملِ.

وجهُ قولِهما: قولُه تعالى: ﴿وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ لِمَنْ أَرَادَ أَن يُتِمَّ الرَّضَاعَةَ﴾، وقال تعالى: ﴿وَفِصَالُهُ فِي عَامَيْنِ﴾ [لقمان: ١٤].

الجوابُ: أنَّ رضاعَ الأمِّ لا يَثبُتُ به تحريمٌ، فعُلِم أنَّ الفِصالَ المذكورَ ليس هو فصالٌ في التحريمِ، وإنما[5] هو في وُجُوبِ النَّفقةِ على الأبِ، وكذلك نقولُ: إنَّ النَّفقةَ تجِبُ عليه في الحولَيْن بغيرِ اختيارِه، والفِصالُ قبلَهما[6] يَثبُتُ باتِّفاقِهما،

---

(١) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣١٥)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٣٧)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٦).

(٢) في (ي): «في».

(٣) نص الآية: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمْ أَن تَسْتَرْضِعُوا أَوْلَادَكُمْ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ﴾.

(٤) في (ي): «لأنهما».

(٥) في (ي): «لهما».

(٦) في (أ، ح، ر، ش، ع، ق، ل): «قبلها».



والرَّضاعَ بعدَها يَثبُتُ باتِّفاقِهما مِن غيرِ إيجابِ نفقةٍ على الأبِ، وقولُه تعالى: ﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾ [الأحقاف: ١٥] ليس هذا بيانَ غايةِ[1] الفِصالِ، وإنما هو بيانٌ لأقلِّ مُدَّةِ الفِصالِ؛ ألَا تَرى أنَّه فرَّق بينَ الحملِ والفِصالِ، [2]وأراد أقلَّ مُدَّةِ الحملِ[2]، كذلك أراد أقلَّ مُدَّةِ الفِصالِ.

وجهُ قولِ زفرَ: أنَّ السَّنةَ الثالثةَ لمَّا ثبَت تحريمُ الرَّضاعِ في أولِها، ثبَت[3] في بَقِيَّتِها[4]، أصلُه السَّنةُ الأُولى والثانيةُ.

قال: ومُدَّةُ الرَّضاعِ عندَ أبي حنيفةَ ثلاثونَ شهرًا. [5]وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ[5]: سَنتَانِ.

وقد بيَّنَّا ذلك.

قال: فإذا مَضتْ مُدَّةُ الرَّضاعِ لم يَتعلَّقْ بالرَّضاعِ[6] التحريمُ.

وذلك لِما بيَّنَّا أنَّ رضاعَ الكبيرِ لا يَتعلَّقُ به التحريمُ، واعتبارُ المُدَّةِ إنما هو للفصلِ بينَ الصغيرِ والكبيرِ، فإذا مَضتِ المُدَّةُ على اختلافِهم فيها صار الرَّضاعُ بعدَها رضاعًا للكبيرِ[7]، فلا يَتعلَّقُ به تحريمٌ.

---

(١) في (أ، ح، ش، ع، ق، ل، م): «الغاية».

(٢-٢) ليس في (ي).

(٣) في (س): «يثبت».

(٤) في (ح، ق): «نفسها»، وفي (ل): «تعينها».

(٥-٥) في (س): «وعندهما»، وفي (ي): «وقالا».

(٦) في (أ، س، ع، ونسخة مختصر القدوري): «به».

(٧) في (أ، ع): «الكبير».

قال: ويَحْرُمُ مِن الرَّضاعِ ما يَحْرُمُ مِن النَّسَبِ[1] إلا أمَّ أختِه مِن الرَّضاعِ؛ فإنَّه يجوزُ أن يَتزوَّجها، ولا يجوزُ أن يَتزوَّجَ أمَّ أختِه مِن النَّسَبِ، وأختُ ابنِه مِن الرَّضاعِ يجوزُ أن يَتزوَّجها، ولا يجوزُ أن يَتزوَّجَ أختَ ابنِه مِن النَّسَبِ.

وهذا الذي ذكره صحيحٌ؛ [2]كلُّ ما[2] يَحْرُمُ مِن جهةِ النَّسَبِ يَحْرُمُ مِن جهةِ الرَّضاعِ إلا هاتَيْن المسألتَيْن، أمَّا أمُّ أختِه مِن النَّسَبِ إنما حَرُمتْ عليه لأنَّ أباه وطِئها، وهذا لا يُوجَدُ في أمِّ أختِه مِن الرَّضاعِ، وأمَّا أختُ ابنِه مِن النَّسَبِ إنما حَرُمَتْ لأنه وطِئ أمَّها، وهذا لا يُوجَدُ في أختِ ابنِه مِن الرَّضاعِ فلم تَحْرُمْ[3].

قال: وامرأةُ ابنِه مِن الرَّضاعِ لا يجوزُ أن يَتزوَّجها، كما لا يجوزُ أن يَتزوَّجَ امرأةَ ابنِه مِن النَّسَبِ.

وذلك لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَحْرُمُ مِن الرَّضاعِ ما يَحْرُمُ مِن النَّسَبِ»[4].

قال: ولبنُ الفحلِ يَتعلَّقُ به التحريمُ؛ وهو أن تُرضِعَ المرأةُ صَبيَّةً، فتَحْرُمُ هذه الصَّبِيَّةُ على زوجِها وعلى آبائِه وأبنائِه، ويصيرُ الزَّوجُ الذي نزَل له[5] اللبنُ أبًا للمُرْضِعةِ[6].

---

(١) قال في حاشية (ح): «وهن: أمه، وبنته، وأخته، وبنات إخوته، وعمته، وخالته، وأم امرأته، وبنتها، وامرأة أبيه، وامرأة ابنه، كل ذلك يحرم من الرضاع كما يحرم من النسب. زيلعي».

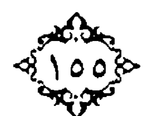
(٢) في (س): «كما».

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٣٥)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٤)، و«الهداية» (١/ ٢٣، ٢٢٤).

(٤) تقدَّم تخريجه.

(٥) في (ح، ق، نسخة مختصر القدوري): «منه». وينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ٢٧).

(٦) قال في حاشية (ح): «ومن شرط لبن الفحل أن يكون من المرأة بسبب الولادة أو الحمل، =



وهذا قولُ أكثرِ[1] السلفِ، وعامةِ الفقهاءِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أجمعين، وعن سعيدِ ابنِ المسيِّبِ، وإبراهيمَ النَّخَعِيِّ: أنَّه لا يَحْرُمُ[2].

دليلُنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «يَحْرُمُ مِن الرَّضاعِ ما يَحْرُمُ مِن النَّسَبِ». ومعلومٌ أنَّ النَّسَبَ يَتعلَّقُ به التحريمُ مِن الجهتَيْن[3] كذلك الرَّضاعُ.

ولِما رُوِي: أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان في بيتِ عائشةَ، فسمِعتْ عائشةُ رجلًا يَسْتأذِنُ في بيتِ حفصةَ، فقالت عائشةُ: يا رسولَ اللَّهِ، هذا رجلٌ يَسْتأذِنُ في بيتِك[4]. فقال: «أُراه فلانًا». لعمِّ حفصةَ مِن الرَّضاعِ، فقالت: يا رسولَ اللَّهِ، لو كان فلانٌ حيًّا، تعني عمَّها مِن الرَّضاعِ، أكان يدخُلُ عليَّ؟ قال: «نعم، إنَّ الرَّضاعةَ تُحَرِّمُ ما تُحَرِّمُ[5] الولادةُ»[6].

وعن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه قال: سَلُوني. فسأله ابنُ الكَوَّاءِ عن بنتِ الأخِ مِن الرَّضاعةِ؟ فقال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: ذكرتُ للنبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بنتَ حمزةَ ليتزوَّجها،

حتى لو نزل لها لبن بدون الولادة أو الحمل كما ينزل للبكر، لم يكن اللبن للفحل وإن كانت المرأة تحته. مقنع».

(١) بعده في (ح، غ، م): «أهل».

(٢) في (ع): «تحرم». وينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٣٩٤٤)، و«سنن سعيد بن منصور» (٩٨٨- الأعظمي)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٧٦٤٨، ١٧٦٥٠، ١٧٦٥٣).

(٣) في (ح): «الجانبين»، وفي (ر، س، ش، ض، ع، ونسخة مشار إليها بحاشية ي): «الجنبتين»، وغير منقوطة في (أ، ق، م)، وفي (ل): «الأختين».

(٤) في (س، ش، ض): «بيت حفصة»، وفي (ق): «حفصة في بيته»، وفي (ل): «بيته».

(٥) بعده في (أ، س، ض، ع، م، ي): «من».

(٦) أخرجه البخاري (٢٦٤٦، ٥٠٩٩)، ومسلم (١٤٤٤).

فقال: «هي ابنةُ أخي مِن الرَّضاعةِ»[1]. ولأنَّ الزَّوجَ سببٌ في نزولِ اللبنِ فيَتعلَّقُ به التحريمُ، كما يَتعلَّقُ بالولادةِ لمَّا كان سببًا فيها.

فإن قيل: إنَّ الرجلَ لو نزَل له لبنٌ، فارتَضَعتْ منه صَبِيَّةٌ لم تَحْرُمْ عليه، فإذا لم يَثبُتْ له التحريمُ بفعلِه فلأَنْ لا يَثبُتَ بفعلِ غيرِه أولَى.

قيل له: إنَّ إرضاعَ الرجلِ لا يُسَمَّى رضاعًا، ولا يَكْتفِي به الصبيُّ في الغالبِ، والحكمُ يتبعُ هذا المعنى، الدليلُ عليه إذا شرِب لبنَ شاةٍ.

وإذا ثبَت أنَّ تحريمَ الرَّضاعِ يكونُ مِن جَنَبَةِ الزوجِ ومِن جَنَبَةِ المرأةِ جميعًا، قلنا: لا يجوزُ للصبيِّ إذا أرضَعَتْه امرأةٌ أن يَتزوَّجها؛ لأنها أمُّه مِن الرَّضاعةِ، ولا يتزوجَ أحدًا مِن بناتِها؛ لأنَّهنَّ أخواتُه مِن الرَّضاعةِ، ولا يَحِلُّ له شيءٌ مِن ولدِها ولا ولدِ ولدِها، كما لا يجوزُ أن يَتزوَّجَ بأخواتِه، ولا ببناتِ أخواتِه وإخوتِه[2].

وأمهاتُها[3] أيضًا حرامٌ عليه؛ لأنهنَّ جَدَّاتُه مِن الرَّضاعِ وأخواتُها خالاتُه،

---

(١) أخرجه بلفظه أبو يعلى (٣٨٢، ٣٨٣)، والبزار (٧٣٠) من طريق أبي صالح الحنفي، عن علي. وأخرجه مسلم (١٤٤٦) من طريق أبي عبد الرحمن السلمي، عن علي. قال البزار: «وهذا الحديث في قصة ابنة حمزة، قد روي عن علي من وجوه».

(٢) في (ي): «إخوتها».

وقال في حاشية (ح): «في جمع نجم الأئمة البخاري: ولدت من زوج فأرضعت ولدها، ثُمَّ يبس لبنها، ثُمَّ در لها لبن بعد ذلك فأرضعت صبيًّا، أن لهذا الصبي أن يتزوج ابنة هذا الرجل من غير هذه المرأة، وليس هذا بلبن الفحل، وكذلك إن تزوج امرأة ولم تلد منه قط، ثُمَّ نزل لها لبن فإن هذا اللبن من هذه المرأة دون زوجها، ولو أنها أرضعت صبية لا تحرم على ولد هذا الزوج من غير هذه المرأة، ولبن الفحل أن يكون ممن يلحقه الولد، وقيل في الزنى كذلك ولا يصح. قتيبة».

(٣) في (ر): «أمهاتهم».



ولا يجوزُ أيضًا لهذا الصبيِّ أن يَتزوَّجَ بناتِ الزَّوجِ؛ لأنهنَّ أخواتُه مِن الأبِ مِن الرَّضاعةِ، ولا أخواتِ الزَّوجِ؛ لأنهنَّ عماتُه مِن الرَّضاعةِ، ولا بأمهاتِ الزَّوجِ؛ لأنهنَّ جَدَّاتُه (١)مِن الرَّضاعةِ مِن قِبَلِ الأبِ(١).

ولو كان المُرضَعُ صَبِيَّةً لم يَجُزْ للزوجِ أن يَتزوَّجَها؛ لأنَّها بنتُه مِن الرَّضاعةِ، ولا يَتزوَّجَها أحدٌ مِن أولادِه؛ لأنَّهم إخوانُها (٢)مِن الرَّضاعةِ، ولا يجوزُ للصبيِّ المُرضَعِ أن يَتزوَّجَ امرأةً تزوَّجها هذا الزوجُ؛ لأنها امرأةُ أبيه مِن الرَّضاعةِ(٢)، ولا يجوزُ للزوجِ أن يَتزوَّجَ امرأةً تزوَّجها هذا الصبيُّ المُرضَعُ؛ لأنها حليلةُ ابنِه[٣] مِن الرَّضاعِ، كما لا يجوزُ حليلةُ ابنِه مِن النَّسَبِ.

ولو كان لرجلٍ امرأتانِ، فحمَلتْ كلُّ واحدةٍ منهما منه، وأرضَعتْ كلُّ واحدةٍ صَبِيًّا صغيرًا أجنبيًّا (٤)كانا أخوَيْن(٤) مِن الأبِ مِن الرَّضاعةِ، فإن كان أحدُ الصَّغيرَيْن أنثى لم يَجُزْ للآخرِ أن يَتزوَّجَ به؛ لأنَّه أخوها مِن الأبِ[٥]، وإنْ كانا[٦] أُنثيَيْن[٧] لم يَجُزْ[٨] لرجلٍ أن يجمعَ بينَهما؛ لأنَّهما[٩] أختانِ مِن أبٍ مِن الرَّضاعةِ.

(١-١) ليس في (ي).

(٢-٢) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٣) في (ي): «حليلته».

(٤-٤) في (ر): «كانا أخوات»، وفي (س): «كانوا أخوين»، وفي (أ، ش، ع، ق، ل، م): «كانا أخوان».

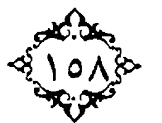
(٥) في (ي): «الرضاع».

(٦) في (ح): «كانتا».

(٧) في (أ، ع): «اثنين»، وفي (ل): «أسنان».

(٨) في (ع): «يكن».

(٩) في (ح): «لأنها».



قال: ويجوزُ أن يَتزوَّجَ (١الرجلُ بأختِ أخيه مِن الرَّضاعِ، كما يجوزُ أن يَتزوَّجَ١) بأختِ أخيه مِن النَّسَبِ.

مثلُ الأخِ مِن الأبِ إذا كان له أختٌ مِن أُمِّه جاز لأخيه مِن أبيه أن يَتزوَّجها.

قال: وكلُّ صغيرَيْن[٢] اجتَمعا على ثَدْيٍ واحدٍ لم يَجُزْ لأحدِهما أن يَتزوَّجَ الآخرَ[٣].

وذلك لأنَّهما أخٌ وأختٌ مِن الرَّضاعةِ لأبٍ وأمٍّ، فلا يَتزوَّجُ أحدُهما الآخرَ، كما لا يَتزوَّجُ مِن النَّسَبِ.

قال: ولا يجوزُ أن تَتزوَّجَ المُرضِعةُ أحدًا مِن ولدِ التي أرضَعتْ ولا ولدِ ولدِها، ولا يجوزُ (٤أن يَتزوَّجَ٤) الصبيُّ المُرضَعُ أختَ الزوجِ[٥]؛ لأنَّها عَمَّتُه مِن الرَّضاعةِ.

وقد بَيَّنَّا جميعَ ذلك.

قال: وإذا اختَلط اللبنُ بالماءِ واللبنُ هو الغالبُ تعلَّق به التحريمُ، وإنْ غلَبَ الماءُ لم يَتعلَّقْ به التحريمُ.

(١-١) ليس في (أ).

(٢) في (ح، نسخة مختصر القدوري): «صبيين».

(٣) في (ي، نسخة مختصر القدوري): «بالأخرى».

(٤) ليس في (أ، س، ع).

(٥) في (نسخة مختصر القدوري): «زوج المرضعة».

وقال الشافعيُّ: إذا تحقَّقْنا وُصُولَ أجزاءِ[1] اللبنِ إلى جوفِ الصبيِّ وقَع به التحريمُ[2].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ علَّق التحريمَ بما يُنبِتُ اللحمَ، وذلك لا يُوجَدُ في اللبنِ الذي غلَب عليه الماءُ.

فإن قيل: إنَّ اللبنَ المُحرِّمَ وصَل عينُه إلى مَحِلِّه في وقتِه وعددِه، فصار كما لو لم يختلِطْ بالماءِ.

قيل له: لا نُسلِّمُ أنَّه وصَل اللبنُ المُحرِّمُ؛ لأنَّ هذه الصِّفَةَ يَسْتحِقُّها[3] اللبنُ بنفسِه [4]ويقعُ به التَّغذِّي، وذلك سببٌ[4] إذا كانت قوتُه باقيةً، ومع الاختلاطِ قد عُدِم ذلك، وأمَّا إذا كان[5] اللبنُ هو الغالبُ فقُوَّتُه باقيةٌ، فيقعُ به التَّغذِّي، وذلك سببُ التحريمِ.

قال: وإذا اختلَط بالطعامِ لم يَتعلَّقْ به التحريمُ وإنْ كان اللبنُ غالبًا. عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ[6]: يُحرِّمُ.

---

(١) في (ق): «آخر»، وفي (ل): «أحد».

(٢) ينظر: «الحاوي» (١١/ ٣٧٠)، «نهاية المطلب» (١٥/ ٣٦٠)، «الوسيط» (٦/ ١٨٠).

(٣) في (ي): «يسبقها».

(٤-٤) ليس في (أ، س، ع).

(٥) في (أ، ع): «كانت».

(٦) في (س): «وعندهما»، وفي (ي): «وقالا».

وينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٣٨)، و«الهداية» (١/ ٢٢٥، ٢٢٤)، و«العناية» (٣/ ٤٥٢).

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ الطعامَ إذا وقَع[1] في اللبنِ، وإنْ كان دونَه فإنَّه يَسلُبُه قوتَه؛ بدليلِ أنَّه يَرِقُّ ويَضعُفُ في المشاهدةِ، فصار بمنزلةِ الغالبِ عليه.

وجهُ قولِهما: أنَّ اللبنَ إذا كان غالبًا فهو متبوعٌ والطعامُ تَبَعٌ، فلا يُمنَعُ وقوعُ التحريمِ كما لو اختَلط بالماءِ.

قال: وإذا اختَلط بالدواءِ[2] وهو الغالبُ، تعلَّق به التحريمُ.

وذلك لأنَّ الدواءَ يُجعَلُ في اللبنِ ليُوَصِّلَه إلى مكانٍ لا يَصِلُ إليه بنفسِه، فوُقُوعُ التحريمِ به مع مخالطتِه[3] أولَى، وأمَّا إذا غلَب الدواءُ فقد صار اللبنُ على صفةٍ لا يقعُ به الغذاءُ، فزالتِ الصِّفةُ[4] التي يَتعلَّقُ بها التحريمُ.

قال: وإذا حُلِب اللبنُ مِن المرأةِ بعدَ موتِها فأُوجِر[5] الصبيُّ به تعلَّق به التحريمُ.

وقال الشافعيُّ: لا يقعُ به التحريمُ[6].

لنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الرَّضاعُ ما أنبَت اللحمَ». وهذا موجودٌ في لبنِ الميتةِ، ولأنه وصَل إلى جوفِه في مُدَّةِ الرَّضاعِ، وهو مما يقعُ به التَّغَذِّي، فصار

(١) في (ي): «وضع».

(٢) بعده في (نسخة مختصر القدوري): «واللبن».

(٣) في (س): «المخالطة».

(٤) في (س، ش، ض، ع، م، ي): «صفته»، وفي (أ، ج): «صفة».

(٥) الوَجْرُ: أن تصب ماءً أو دواءً في وسطِ حلقِ صبيٍّ. ينظر: «المغرب» (٢/ ٣٤٣)، و«لسان العرب» (٥/ ٢٧٩) (و ج ر).

(٦) ينظر: «الأم» (٦/ ٨٩)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٣٦١).

كلبنِ الحيَّةِ[1].

فإنْ قيل: إنَّه لبنٌ لا يحِلُّ شربُه فلا يحصُلُ به الرَّضاعُ، أصلُه لبنُ الكلبِ.

قيل له: البهائمُ لا يحصُلُ بينَها وبينَ الآدميِّ تحريمُ النسبِ [2]كلبنِ الشاةِ[2]، فلا يَثبُتُ بينَهما تحريمُ الرَّضاعِ.

قال: وإذا اختَلط اللبنُ بلبنِ شاةٍ وهو الغالبُ، تعلَّق به التحريمُ[3].

وإنْ غلَب لبنُ الشاةِ لم يَتعلَّقْ به التحريمُ؛ وذلك لأنَّ لبنَ الشاةِ لا تأثيرَ له في التحريمِ، فصار بمنزلةِ الماءِ، فاعْتُبِر فيه الغلبةُ.

قال: وإذا اختَلط لبنُ امرأتَيْن تعلَّق التحريمُ بأكثرِهما. عندَ أبي يوسفَ، وقال محمدٌ: بهما[4].

وجهُ قولِ أبي يوسفَ، وهو روايةُ الحسنِ بنِ أبي مالكٍ، عن أبي يوسفَ، عن أبي حنيفةَ: أنَّ الحكمَ يَتعلَّقُ بالغالبِ، والمغلوبُ تبعٌ، فلا يُعتَدُّ به كما لو غلَب عليه الماءُ.

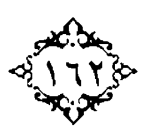
وجهُ قولِ محمدٍ، وهو قولُ زفرَ: أنَّ اللبنَ لا يصيرُ مُسْتهلَكًا في جنسِه، وإنما يُسْتهلَكُ في غيرِ جنسِه، وإذا كان كلُّ واحدٍ منهما غيرَ مُسْتهلَكٍ في الآخرِ

(١) في (ح): «الحي». وينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣٢٠).

(٢-٢) ليس في (ج، ر، س، م، ي).

(٣) قال في حاشية (ح): «قال في الغاية: ولم يذكروا الحكم فيما إذا كانا متساويين، وينبغي إن شئت الحرمة احتياطًا، ولأنه غير مغلوب فلم يكن مستهلكًا».

(٤) ينظر: «التجريد» (١٠/ ٥٣٦٠)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٣٩)، و«الهداية» (١/ ٢٢٥).



تعلَّق التحريمُ بهما[1].

قال: وإذا نزَل للبكرِ لبنٌ فأَرْضعتْ به صبيًّا تعلَّق به التحريمُ.

وذلك لأنَّ التَّغذِّيَ يقعُ به كما يقعُ بلبنِ الثَّيِّبِ.

قال: وإذا نزَل للرجلِ لبنٌ فأرضَع به صبيًّا لم يَتعلَّقْ به التحريمُ.

(٢لأنَّ التَّغَذِّيَ والاكتفاءَ لا يقعُ به، ولا يُسَمَّى أيضًا رضاعًا، فلم يَتعلَّقْ به التحريمُ٢).

قال: وإذا شرِب صَبِيَّانِ مِن لبنِ شاةٍ فلا رضاعَ بينَهما.

وذلك لأنَّ لبنَ الشاةِ لا يُسَمَّى رضاعًا، ولا يقعُ به الاكتفاءُ، فصار كغيرِ اللبنِ.

قال: وإذا تزوَّج الرجلُ صغيرةً وكبيرةً، فأرضَعتِ الكبيرةُ الصغيرةَ، حَرُمَتا على الزوجِ.

وذلك لأنَّ الصغيرةَ صارَتْ بنتَ الكبيرةِ، والجمعُ بينَ المرأةِ وبنتِها[3] في النكاحِ لا يجوزُ حالَ الابتداءِ، ولا حالَ البقاءِ.

قال: فإنْ لم يَدخُلْ بالكبيرةِ فلا مهرَ لها.

لأنَّ الفرقةَ جاءَتْ بسببٍ مِن جهتِها[4] قبلَ الدخولِ، كما لو ارتَدَّتْ قبلَ الدُّخولِ.

---

(١) ليس في «س».

(٢-٢) ما بين القوسين ليس في (ق).

(٣) قال في حاشية (ح): «ولو تزوج رجل صغيرة فأرضعتها أمه بانت منه. بدائع». ينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٤٠).

(٤) في (ي): «قبلها».



قال: وللصغيرةِ نصفُ المهرِ.

وذلك لأنَّ الفُرْقةَ وقَعتْ عليها قبلَ الدخولِ بسببٍ لا مِن جهتِها، كما لو طَلَّقَها.

قال: ويرجِعُ به الزوجُ على الكبيرةِ إنْ كانَتْ تَعَمَّدتْ به الفسادَ[1]، وإنْ لم تَتعمَّدْ فلا شيءَ عليها[2].

وقال الشافعي: تَضمَنُ في الحالَيْن[3].

لنا: أنَّ الرَّضاعَ ليس بإتلافٍ، وإنما هو سَبَبٌ[4] في الإتلافِ، وأسبابُ الإتلافِ تختلِفُ بالتَّعَدِّي وغيرِ التَّعَدِّي، أصلُه حفرُ البئرِ، إنْ كان في مِلْكِه لم يَضمَنْ ما تلِف به، وإن كان في غيرِ مِلْكِه ضمِن، ومعلومٌ أنَّ الرَّضاعَ مباحٌ إذا لم يُقصَدْ به الفسادُ، ومندوبٌ إليه عندَ حاجةِ الصغيرِ، وواجبٌ إذا خِيفَ عليه، وإذا لم تكُنْ مُتَعَدِّيةً فيه لم تَضمَنْ.

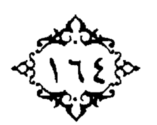
---

(١) قال في حاشية (ح): «تفسير تعمد الفساد: أن تقصده مع العلم بأن الرضاع يحرمها على الزوج في الشرع، فلو لم تعلم ذلك أو أخطأت بأن لم تعلم بالنكاح أو علمت، لكن لم تعلم بأن الإرضاع يفسد النكاح، أو أرادت الجبر بأن خافت على الرضيع الهلاك من الجوع لم يرجع به عليها، والقول فيه قولها إن لم يظهر منها تعمد الفساد؛ لأنه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها، فيقبل قولها باليمين».

(٢) ينظر: «الأصل» (٤/ ٣٨٧)، و«مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣١٣)، و«المبسوط» (٣٠/ ٣٠٧)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٤٠).

(٣) ينظر: «نهاية المطلب» (١٥/ ٣٧١)، و«بحر المذهب» (١١/ ٤١٥، ٤١٩)، و«التهذيب» (٦/ ٣٠٦).

(٤) في (ح): «تسبب».



فإن قيل: كلُّ فعلٍ إذا قُصِد به الإتلافُ تعلَّق به الضَّمانُ، وإن لم يُقصَدْ به الإتلافُ، أصلُه الرَّمْيُ.

قيل له: الرَّمْيُ مُباشَرةُ الإتلافِ، فاسْتوَى فيه القصدُ وغيرُه، وفي مسألتِنا إتلافٌ بسببٍ فصار كحفرِ البئرِ، وإذا ثبَت أنَّ الضَّمانَ يلزمُ إذا تَعمَّدتِ الفسادَ؛ قال أصحابُنا: تضمنُ نصفَ المُسَمَّى.

وقال الشافعيُّ: نصفَ مهرِ مثلِها. وفي قولٍ آخَرَ: جميعَ مهرِ المثلِ[١].

لنا: أن خُروجَ البُضْعِ مِن مِلْكِ الزوجِ لا قيمةَ له؛ بدليلِ أنَّ الأبَ لا يَملِكُ خُلْعَ ابنتِه الصغيرةِ بمالِها، فلو كان له قيمةٌ جاز بذلُ[٢] مالِها في مقابلتِه، ولهذا أيضًا لو طلَّق المريضُ امرأتَه لم يضمَنْ[٣] شيئًا للغرماءِ، ولو تُقُوِّمَ بُضْعُها يضمَنُ[٤] لهم كما لو أعتَق عبدَه، وإذا لم يُتَقَوَّمْ لم تَضمَنْها المرضعةُ بالإتلافِ، وإنما تضمَنُ لأنها قَدَّرتْ[٥] عليه ضمانَ نصفِ[٦] الصَّداقِ، وقد كان يجوزُ أن يسقُطَ عنه بأن [٧]تكبَرَ فترتَدَّ[٧]، أو تُمكِّنَ ابنَ زوجِها مِن نفسِها، فصار كأنها أتلَفتْ عليه ما غرِمه[٨] فضَمِنتْ ذلك.

(١) ينظر: «الحاوي» (١٧/ ٢٦٤)، و«الوسيط» (٦/ ١٩١).

(٢) في (س): «لجاز بذل»، وفي (ل، م): «بدل».

(٣) في (أ، س، ع، ي): «تضمن».

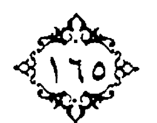
(٤) في (ح): «لضمن»، وفي (ي): «لضمنت».

(٥) في (ج، ح، ر، س، ش، ل، م): «قررت».

(٦) ليس في (ح).

(٧-٧) في (أ٢، ي): «تكفر فترتد»، وفي (ر، ق، ل): «يكثر ويزيد»، وفي (غ، م): «تكبر فيزيد».

(٨) في (ي): «لزمه».



فإن قيل: مَن أتلَف شيئًا وضمِنه، وجَب أن يضمَنَه بقيمتِه لا بالبدلِ الذي ملَكه به[1]، أصلُه سائرُ المُتلَفاتِ.

قيل له: لا نُسَلِّمُ أنها تضمَنُ بالإتلافِ على ما بَيَّنَّاه.

وقد نصَّ الشافعيُّ: أنها تضمَنُ نصفَ مهرِ مثلِها[2]، فلو صَحَّ ما قالوه؛ لوجَب أن تضمَنَ[3] جميعَ مهرِ المثلِ على هذا القولِ، فبَطَل تأثيرُه.

وقد قال أصحابُنا، في الصبيِّ إذا حُقِن باللبنِ: لم يَقَعْ[4] به التحريمُ؛ لأنه يَصِلُ إلى الأمعاءِ السُّفْلَى، والغذاءُ إنما يكونُ في الأمعاءِ العُلْيا.

وعن محمدٍ: أنَّه يقعُ به التحريمُ؛ لأنه يَصِلُ إلى الجوفِ، فصار كما لو وصَل مِن الفمِ[5].

وقد قال أبو حنيفةَ، في الرجلِ يُطلِّقُ امرأتَه وانقَضتْ عِدَّتُها ولها لبنٌ منه، فتزوَّجتْ وحَبلَتْ مِن الثاني، فأرضَعتْ صبيًّا: إنَّ التحريمَ مِن الأولِ دونَ الثاني، فإذا أرضَعتْ فالتحريمُ مِن الثاني دونَ الأولِ.

وعن أبي يوسفَ: أنَّه إذا نزَل لها لبنٌ مِن الثاني فالتحريمُ مِن الثاني وبطَل الأولُ، وعنه أنها إذا حبلَتْ فاللبنُ مِن الثاني.

---

(١) ليس في (س، ع).

(٢) في (ي): «مهرها».

(٣) في (ج، ر، ل، م): «يضمن».

(٤) في (ش، ق، ي): «يتعلق».

(٥) ينظر: «المبسوط» (٥/ ١٤٠)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٣٨)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٩)، و«فتاوى قاضي خان» (١/ ٢٠٥).



وقال محمدٌ: إذا نزَل لها لبنٌ فالتحريمُ مِن الزوجَيْن، فإذا وضَعتْ فالتحريمُ للثاني خاصةً[1].

وقال الشافعيُّ: إذا حبَلتْ واللبنُ بحالِه لم ينقطِعْ ولم يَزِدْ فهو للأولِ قولًا واحدًا؛ فإن زادَ ففيه قولانِ: أحدُهما: أنَّه للأولِ. والآخرُ: بينَهما.

وإنِ انقطَع، ثُمَّ عاد؛ ففيه ثلاثةُ أقوالٍ: القولانِ الأوَّلانِ، وقولٌ ثالثٌ: أنَّ اللبنَ للثاني. وهو الصَّحيحُ[2].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ الولادةَ سببٌ لنزولِ اللبنِ، والحَبَلُ قد ينزِلُ معه اللبنُ وقد لا ينزِلُ، فالظاهرُ يَقْتضِي تَعلُّقَ الحكمِ بالسببِ الأولِ[3]، وما بعدَه مُحتمِلٌ فلا يَتغيَّرُ السَّببُ الأولُ بالاحتمالِ، ولأنَّ زيادةَ اللبنِ أيضًا لا تَدُلُّ على حُدُوثِ لبنٍ مِن الثاني؛ لأنَّه قد يزيدُ بجودةِ الغذاءِ وصِحَّةِ البدنِ، فلا يزولُ التحريمُ الأولُ بالشَّكِّ.

وجهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّ الحاملَ قد ينزِلُ لها لبنٌ؛ فإذا زاد لبنُها فالظاهرُ أنَّه حدَث مِن الحملِ الثاني.

وجهُ الرِّوايةِ الأُولى عنه: أنَّ الحملَ يقطعُ اللبنَ الأولَ، ويَحدُثُ عنه لبنٌ آخرُ، فتعلَّق الحكمُ به.

وجهُ قولِ محمدٍ: أنَّ اللبنَ الأولَ باقٍ، والزِّيادةُ تَدُلُّ على نُزُولِ اللبنِ الثاني،

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٤٠)، و«فتاوى قاضي خان» (١/ ٢٠٥).

(٢) ينظر: «الأم» (٦/ ٨٨)، و«الحاوي» (١١/ ٣٩٨).

(٣) ليس في (ح).



فصار كلبنِ امرأتَيْن خُلِطا فيَتعلَّقُ[1] التحريمُ بهما، فإذا وضَعتِ انقطَع اللبنُ الأولُ في الغالبِ، فيَتعلَّقُ الحكمُ بالثاني.

قال: ولا يُقبَلُ في الرَّضاعِ شهادةُ النساءِ مُنفرِداتٍ، وإنما يَثبُتُ بشهادةِ رجلَيْن، أو رجلٍ وامرأتَيْن[2].

وقال الشافعي: يَثبُتُ بشهادةِ أربعِ نسوةٍ[3].

لنا: أنَّ الرَّضاعَ معنًى يجوزُ للرجالِ الاطلاعُ عليه؛ ألَا ترى أنَّ محارمَها يَنْظُرون إليها، وما جاز للرجالِ الاطِّلاعُ عليه لا يجوزُ الاقتصارُ فيه على شهادةِ النساءِ، أصلُه الأموالُ.

وقد روِي: «أنَّ رجلًا تزوَّج امرأةً، فجاءَتِ امرأةٌ فزعَمتْ أنَّها أرضَعَتْهما، فسأل الرجلُ عليًّا عن ذلك فقال: هي امرأتُك ليس أحدٌ يُحَرِّمُها عليك، فإنْ تَنزَّهتَ فهو أفضلُ». وعن ابنِ عباسٍ مثلُه[4]، وعن عمرَ: «لا يجوزُ إلا بشاهِدَيْن[5]».

---

(١) في (ح): «فتعلق».

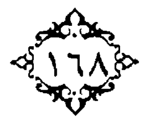
(٢) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٣/ ٣٤٨)، و«المبسوط» (٥/ ١٣٨)، و«الهداية» (١/ ٢٢٦)، و«العناية» (٣/ ٤٦١).

(٣) ينظر: «الأم» (٥/ ٣٦)، و«الحاوي» (١١/ ٤٠١)، و«المهذب» (٣/ ٤٥٤)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٤٠٧).

(٤) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٦٦٨٧).

(٥) في (س): «بشاهدتين»، وفي (أ، ع): «شاهدين».

والأثر أخرجه سعيد بن منصور (٩٩٢- الأعظمي)، ومن طريقه ابن المنذر (٧٤٤٥)، والبيهقي (٧/ ٤٦٣).



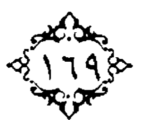
فإن قيل: روِي: أنَّ عقبةَ بنَ الحارثِ لمَّا تزوَّج أمَّ يحيى بنتَ أبي هانيءٍ جاءَتْ سوداءُ، فقالت: إنِّي أرضَعتُكما. قال عقبةُ: فذكَرتُ ذلك للنبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأعرَض، ثُمَّ ذكَرتُه له فأعرَض، ثُمَّ قال[1] في الثالثةِ أو الرابعةِ: «فارِقْها». فقلتُ: يا رسولَ اللَّهِ، إنَّها سوداءُ. قال: «كيف وقد قيل؟»[2].

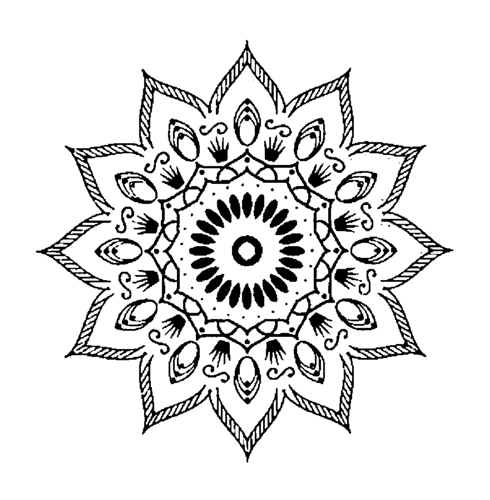
قيل له: هذا لا دلالةَ فيه؛ لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إنما ذكَر ذلك على طريقِ التَّنَزُّهِ والأَوْلَى؛ يُبَيِّنُ ذلك أنَّه أعرَض عنه أولًا، ولو وجَب التفريقُ لم يُعْرِضْ عنه، ثُمَّ قال: «فارِقْها». وهذا يَدُلُّ على بقاءِ النِكاحِ.

واللَّهُ أعلمُ

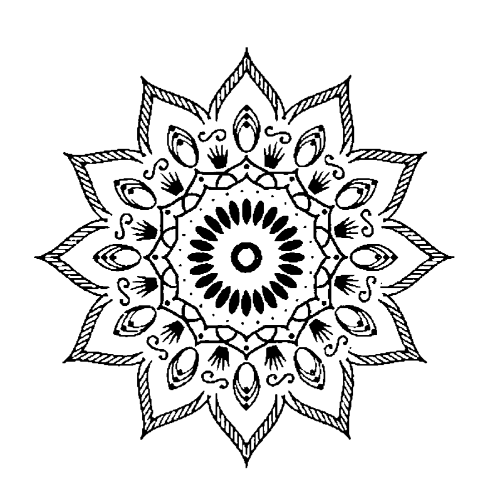
(١) في (ي): «ذكرته».

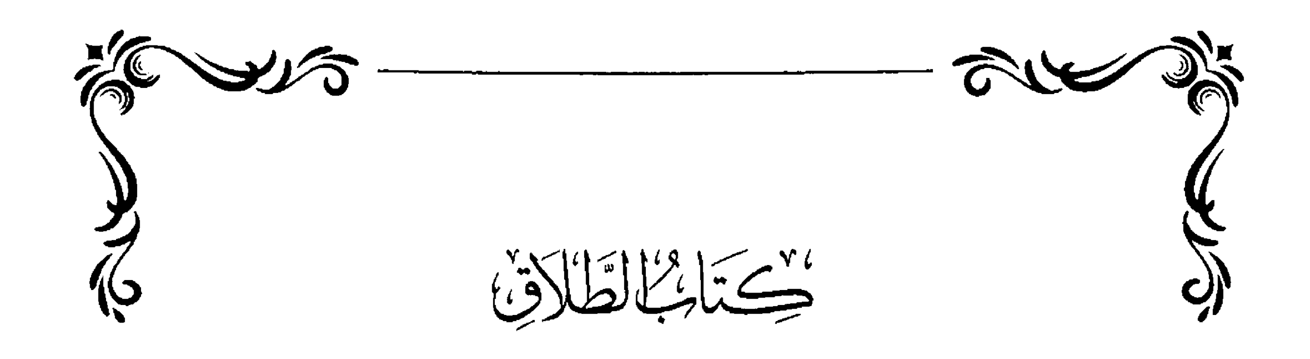
(٢) أخرجه البخاري (٨٨، ٢٠٥٢)، والنسائي في «الكبرى» (٥٨٤٥، ٦٠٢٧).





كِتَابُ الطَّلَاقِ





كتاب الطلاق

قال الشيخ رَحِمَهُ ٱللَّهُ[1]:

الطلاقُ في اللغةِ: عبارةٌ عن إزالةِ اليدِ، وهو مأخوذٌ مِن الإطلاقِ؛ تقولُ: أطلقتُ إبِلِي، وأطلَقتُ [2]أسيرِي، وطَلَّقتُ[2] امرأتي. فأصلُ الجميعِ واحدٌ، وإنما فصَلوا بينَهما لاختلافِ المعنى، فقالوا في المرأةِ: طلاقٌ. وفي غيرِها: إطلاقٌ.

والطلاقُ في الشرعِ: عبارةٌ عن معنًى موضوعٍ لحلِّ النكاحِ؛ والدليلُ على وقوعِ الطلاقِ قولُه تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾[البقرة: ٢٢٩]، وقولُه تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾[الطلاق: ١]، وقال النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «كلُّ طلاقٍ جائزٌ إلا طلاقَ الصبيِّ والمَعْتوهِ»[3].

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: الطلاقُ على ثلاثةِ أوجُهٍ؛ أحسنُ الطلاقِ، وطلاقُ السُّنَّةِ، وطلاقُ البدعةِ، فأحسنُ الطلاقِ: أن يُطَلِّقَ الرجلُ امرأتَه تطليقةً واحدةً في

---

(١) في (ج، ح): «أدام اللَّه جماله»، وفي (س): «قال»، وفي (ع): «أدام اللَّه أيامه».

(٢-٢) ليس في (ي).

(٣) أخرجه الترمذي (١١٩١) من طريق عطاء بن عجلان، عن عكرمة بن خالد، عن أبي هريرة.
وقال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث عطاء بن عجلان، وعطاء بن عجلان ضعيف ذاهب الحديث، والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وغيرهم أن طلاق المعتوه المغلوب على عقله لا يجوز إلا أن يكون معتوهًا يفيق الأحيان فيطلق في حال إفاقته».



طُهْرٍ لم يُجامِعْها فيه، ويَترُكَها حتى تَنْقضِيَ عِدَّتُها.

والأصلُ في ذلك ما روَى بشرُ بنُ الوليدِ، عن أبي يوسفَ، عن عبيدةَ الضَّبِّيِّ، عن إبراهيمَ النَّخَعيِّ: «أنَّ أصحابَ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كانوا يَسْتَحِبُّون أنْ لا يُطَلِّقوا للسُّنَّةِ إلا واحدةً، ثُمَّ لا يُطَلِّقوا غيرَ ذلك، حتى تنقضيَ العِدَّةُ»[1]، ورُوِي في خبرٍ آخرَ: «وكان ذلك أحسنَ عندَهم مِن أن يُطَلِّقَ الرجلُ ثلاثًا في ثلاثةِ أطهارٍ»[2]، ولأنَّ هذا الطلاقَ أبعدُ مِن الندمِ، وكلما بَعُدَ الطلاقُ مِن[3] الندمِ فهو أَوْلَى.

قال: وطلاقُ السُّنَّةِ أن يُطَلِّقَ المدخولَ بها ثلاثًا في ثلاثةِ أطهارٍ.

وذلك لِما روِي في حديثِ ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال له: «ما هكذا أمَرك ربُّك يا ابنَ عمرَ، إنما أمَرك أن تَسْتقبِلَ الطُّهْرَ استقبالًا، فَتُطَلِّقَها لكلِّ[4] طُهْرٍ تطليقةً»[5].

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٠٩٢٦)، وابن أبي شيبة (١٨٠٤٠)، والجهضمي في «أحكام القرآن» (٤٣٤) من طريق سفيان، عن مغيرة، عن إبراهيم قال: «كانوا يستحبون أن يطلقها واحدة، ثُمَّ يتركها حتى تحيض ثلاث حيض». وسقط من رواية عبد الرزاق: سفيان. قال الحافظ في «الدراية» (٢/ ٦٩): «إسناد صحيح». وينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣٧٥)، و«أحكام القرآن» للجصاص (٢/ ٧٥)، و«الاستذكار» (١٨/ ٤٨).

(٢) ينظر: «أحكام القرآن» للجصاص (٢/ ٧٥)، و«الاستذكار» (١٨/ ٤٨).

(٣) في (ي): «عن».

(٤) في (س): «في كل».

(٥) أخرجه الدارقطني (٣٩٧٤)، والبيهقي (٧/ ٣٣٠، ٣٣٤) من طريق معلى بن منصور، عن شعيب بن رزيق، عن عطاء الخراساني، عن الحسن، عن عبد اللَّه بن عمر. وينظر: «معرفة =



قال: وطلاقُ البدعةِ: أن يُطَلِّقَها ثلاثًا بكلمةٍ واحدةٍ، أو ثلاثًا في طُهْرٍ واحدٍ.

وقال الشافعيُّ: لا أعرفُ في عددِ الطلاقِ سُنَّةً ولا بدعةً، وهو مباحٌ[1].

دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. فإمَّا أن يكونَ المرادُ به الخبرَ أو الأمرَ، ولا يجوزُ أن يكونَ المرادُ به الخبرَ؛ لأنه قد يكونُ على خلافِ ذلك، وخبرُ الباري عَزَّوَجَلَّ لا يكونُ بخلافِ مُخْبَرِه، فعُلِم أنَّ المرادَ به الأمرُ، فكأنَّه قال: طَلِّقُوا مَرَّتَينِ.

والأمرُ بالتفريقِ يَقْتَضِي تحريمَ الجمعِ، ولِما رُوِي في حديثِ عبادةَ بنِ الصامتِ: أنَّ بعضَ أبنائِه طَلَّقَ امرأتَه ألفًا، فذُكِر ذلك للنبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «بانَتْ بالثلاثِ في معصيةٍ، وتسعِمئةٍ وسبعةٍ وتسعينَ فيما لا يملِكُ»[2]. و«كان عمرُ [3]بنُ الخطابِ[3] لا يُؤْتَى برجلٍ طَلَّقَ امرأتَه ثلاثًا إلا أوجَعه ضربًا وأجاز ذلك عليه»[4]. ورُوِي عن عليٍّ، وابنِ مسعودٍ، وعمرانَ بنِ حُصَينٍ[5] رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ

السنن» (١١/ ٣٥)، و«تنقيح التحقيق» (٤/ ٤٠٢-٤٠٤)، و«المهذب في اختصار السنن» (٦/ ٢٩١٩)، و«نصب الراية» (٣/ ٢٢٠-٢٢١).

(١) ينظر: «الأم» (٦/ ٤٦٤)، «الحاوي» (١٠/ ١٨٩).

(٢) أخرجه الدارقطني (٥/ ٣٦)؛ بنحوه، وقال: «رواته مجهولون وضعفاء». وقال عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/ ١٩٣): «في سنده تسعة رجال بين مجهول وضعيف». وينظر: «تخريج أحاديث الكشاف» (٤/ ٤٩-٥٠)، و«مجمع الزوائد» (٤/ ٣٣٨).

(٣-٣) ليس في (ر، س).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (١١٠٦٥)، وسعيد بن منصور (١٠٧٣، ١٠٧٤-الأعظمي)، وابن أبي شيبة (١٨٠٨٩)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٥٩).

(٥) ليس في (ق)، وفي (أ، ر، س، ش، ض، م): «الحصين»، وضرب عليه في (ع).



مثلُ ذلك[1]، ولأنه تحريمٌ للبُضْعِ بقولِ الزوجِ مِن غيرِ حاجةٍ، فتَعلَّق به الكراهةُ، أصلُه الظِّهارُ.

فإن قيل: إنَّ هذا طلاقٌ في طُهْرٍ لم يُجامِعْها فيه، فوجَب أن لا يُكْرَهَ كما لو طَلَّقها واحدةً.

قيل له: إيقاعُ[2] الواحدةِ يأمَنُ معه الندمَ مِن غيرِ إضرارٍ بغيرِه، وليس كذلك الثلاثُ؛ لأنه لا يأمَنُ معه الندمَ في الغالبِ، فكُرِه كما كُرِه الطلاقُ عَقِيبَ الجماعِ.

قال: فإذا فعَل ذلك وقَع الطلاقُ، وبانَتْ منه، وكان عاصِيًا.

ومِن الناسِ مَن قال: لا يقعُ الطلاقُ الثلاثُ بكلمةٍ واحدةٍ.

والدليلُ على فسادِه: ما ذكَرْناه مِن حديثِ عبادةَ بنِ الصامتِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنَّ بعضَ أبنائِه طلَّق امرأتَه[3] ألفًا، فذُكِر ذلك للنبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «بانَتْ بالثلاثِ في معصيةٍ»».

ولِما روِي: أنَّ ابنَ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قال للنبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: أرأيتَ لو طلَّقتُها[4] ثلاثًا، أكانَتْ تحِلُّ لي؟ فقال: «لا، وتكونُ[5] معصيةً».

قال: والسُّنَّةُ في الطلاقِ مِن وجهَيْن: سُنَّةٌ في الوقتِ، وسُنَّةٌ في العددِ؛ فالسُّنَّةُ في العددِ يَسْتوِي فيها المدخولُ بها وغيرُ المدخولِ بها.

---

(١) ينظر: «سنن سعيد - الأعظمي» (١٠٧٥، ١٠٧٦، ١٠٨٠، ١٠٨٥، ١٠٨٦، ١٠٩٥، ١٠٩٦)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٨٠٨٧، ١٨٠٩٧-١٨٠٩٩، ١٨١٠١).

(٢) في (ي): «الطلاق».

(٣) في (ع): «امرأة».

(٤) في (أ، ش، ض، ق، ل): «طلقها».

(٥) في (ج، س، ل): «يكون»، وفي (ق): «كانت»، وغير منقوطة في (ض، م).

وذلك لقوله تعالى: ﴿فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ﴾ [الطلاق:١]. وروي عن ابنِ مسعودٍ، وابنِ عباسٍ، وابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنَّ المرادَ به: «لِقُبُلِ عِدَّتِهنَّ»[1].

وهو عامٌّ في المدخولِ بها[2] وغيرِ المدخولِ بها[3]، [4]ولأنَّ المنعَ يعودُ إلى جميعِ التطليقاتِ، وهذا لا يختلِفُ بالمدخولِ بها وغيرِ المدخولِ بها[4].

قال: والسُّنَّةُ في الوقتِ تَثبُتُ في المدخولِ بها خاصةً، وهو أن يُطَلِّقَها في طُهْرٍ لم يُجامِعْها فيه، وغيرُ المدخولِ بها يُطَلِّقُها في حالِ الطُّهْرِ والحيضِ[5].

والأصلُ في ذلك ما روي: أنَّ ابنَ عمرَ طلَّق امرأتَه في حالِ الحيضِ، فقال له[6] النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما هكذا[7] أمَرك ربُّك يا ابنَ عمرَ، إنما أمَرك أن تَسْتقبِلَ الطُّهْرَ استقبالًا، فتُطَلِّقَها لكلِّ طُهْرٍ تطليقةً»[8].

---

(١) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٠٩٢٧، ١٠٩٢٨، ١٠٩٢٩، ١٠٩٣١)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٨٠٢١، ١٨٠٢٢، ١٨٠٢٤، ١٨٠٣٥)، و«سنن النسائي» (٦/ ١٣٩، ١٤٠) (٣٣٩٣)، و«الأوسط» لابن المنذر (٧٦٠٢-٧٦٠٤).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٨): «قُبل عِدَّتهن بضم القاف، وسكون الموحدة: إقبالها، وأولها وحين تمكنها، الدخول في العدة، والشروع فيها. يقال: كان ذلك في قبل الشتاء. أي: إقباله». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٥٢).

(٢) ليس في (أ، ع، ل).

(٣) ليس في (أ، س، ش، ض، ع، ل، م).

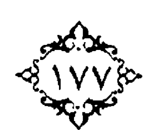
(٤-٤) ما بين القوسين ليس في (ي).

(٥) بعده في (ح): «جميعًا».

(٦) من (ر، ق، ي).

(٧) في (ي): «بهذا».

(٨) تقدم تخريجه.



وروِي أنَّه عَلَيْهِ السَّلَامُ قال لعمرَ: «مُرْهُ[1] فليُراجِعْها، فإذا طَهُرتْ، ثُمَّ حاضَتْ، ثُمَّ طَهُرتْ، فإن شاءَ طَلَّقَها طاهرًا مِن غيرِ جماعٍ، أو حاملًا قد استبانَ حملُها، فتلك العِدَّةُ التي أمَرَ اللَّهُ تعالى أن يُطَلَّقَ لها النساءُ»[2].

وإنما قلنا: إنَّ هذه السُّنَّةَ يختلِفُ فيها[3] المدخولُ بها وغيرُ المدخولِ بها؛ لأنَّ الطلاقَ في حالِ الحيضِ إنما مُنِع منه؛ لأنَّه يؤدِّي إلى تطويلِ العِدَّةِ؛ لأنَّ الحيضةَ التي يقعُ فيها الطلاقُ لا يُحتسَبُ بها مِن العِدَّةِ، وهذا لا يُوجَدُ في غيرِ المدخولِ بها؛ لأنه لا عِدَّةَ عليها، فأمَّا اعتبارُ كونِ المطلقةِ أن تكونَ طاهرًا مِن غيرِ جماعٍ، فلا يُتصوَّرُ في التي لم يُدخَلْ بها.

قال: وإذا كانتِ المرأةُ لا تحيضُ مِن صِغرٍ أو كِبَرٍ، وأراد أن يُطلِّقَها للسُّنَّةِ طَلَّقَها واحدةً، فإذا مضَى شهرٌ[4] طَلَّقَها أُخرَى، فإذا مضَى شهرٌ[4] طَلَّقَها أُخرَى.

وذلك لأنَّ الشهرَ قد أُقِيمَ مقامَ حيضةٍ في حقِّ الآيسةِ والصغيرةِ[5] في بابِ انقضاءِ العِدَّةِ، فإذا وجَب الفصلُ بينَ تطليقاتِ السُّنَّةِ بحيضةٍ فيمَن تحيضُ، وجَب الفصلُ فيمَن لا تحيضُ بشهرٍ.

قال: ويجوزُ أن يُطلِّقَها ولا يفصِلُ بينَ وطئِها وطلاقِها بزمانٍ.

---

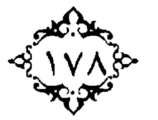
(١) في (ل): «مرة».

(٢) أخرجه البخاري (٤٩٠٨)، ومسلم (١٤٧١).

(٣) في (س، ض): «بها».

(٤) في (ع): «شهرًا».

(٥) في (ع): «الصغير».



وقال زفرُ: يفصِلُ بينَهما بشهرٍ[1].

وجهُ قولِ أصحابِنا: أنَّ المنعَ مِن الطلاقِ عَقِيبَ الجماعِ أنَّه لا يأمَنُ مِن أن تكونَ حبلَتْ فيَندَمَ[2]، وهذا المعنى لا يُوجَدُ في الصغيرةِ والآيسةِ.

وجهُ قولِ زفرَ: أنَّ الشهرَ أُقِيمَ مقامَ حيضةٍ فيمَن لا تحيضُ، فإذا وجَب الفصلُ فيمَن تحيضُ بينَ الوطءِ والطلاقِ بحيضةٍ وجَب الفصلُ فيمَن لا تحيضُ بشهرٍ كما وجَب الفصلُ بشهرٍ بينَ التَّطليقتَيْن.

قال: وطلاقُ الحاملِ يجوزُ عَقِيبَ الجماعِ.

وذلك لِما روِي في حديثِ ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، حينَ طلَّق امرأتَه في حالِ الحيضِ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لعمرَ: «مُرْهُ[3] فليُراجِعْها، فإذا طَهُرتْ، ثُمَّ حاضَتْ، ثُمَّ طَهُرتْ، فإن شاءَ طلَّقها طاهرًا مِن غيرِ جماعٍ، أو حاملًا قد استبانَ حملُها»[4]. ولأنَّ المنعَ مِن الطلاقِ عَقِيبَ الوطءِ[5] لا يأمَنُ أن يكونَ حَبلَتْ فيَنْدَمَ[6]، وهذا معدومٌ مع ظهورِ الحملِ.

قال: ويُطَلِّقُها للسُّنَّةِ ثلاثًا يفصِلُ بينَ كلِّ تطليقتَيْن بشهرٍ. عندَ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: لا يُطَلِّقُها للسُّنَّةِ إلا واحدةً[7].

---

(١) ينظر: «الهداية» (١/ ٢٢٨)، «تبيين الحقائق» (٢/ ١٩٢).

(٢) في (ع): «فتندم».

(٣) في (ع، ل): «مَرة».

(٤) تقدم تخريجه.

(٥) في (ع): «الجماع لأنه».

(٦) في (ع): «فتندم».

(٧) ينظر: «مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣٧٧)، و«الهداية» (١/ ٢٢٨)، و«العناية» (٣/ ٤٧٨).



وجهُ قولِهما: أنَّ عِدَّتَها طُهْرٌ واحدٌ، فإذا طَلَّقها للسُّنَّةِ فصَل بينَ كلِّ تطليقتَيْن بشهرٍ، أصلُه الآيسةُ والصغيرةِ.

وجهُ قولِ محمدٍ، وهو قولُ زفرَ: أنَّ الفصلَ بينَ تطليقاتِ السُّنَّةِ يقعُ بما تَنْقضِي به العِدَّةُ، وطُهْرُ الحاملِ[1] لا يَنْقضِي به العِدَّةُ، فلا يقعُ به الفصلُ كالشهورِ فيمَن تحيضُ.

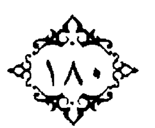
قال: وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه في حالِ الحيضِ وقَع الطلاقُ.

ومِن الناسِ مَن قال[2]: لا يقعُ. وكذلك الخلافُ في الطلاقِ الثلاثِ بكلمةٍ واحدةٍ.

دليلُنا: أنَّه لمَّا مُنِع منه دَلَّ على وُقُوعِه إذا فُعِل؛ ألَا ترَى أنَّ النهيَ لا يَصِحُّ [3]عمَّا لا[3] يُتَصَوَّرُ وُجُودُه، وإنما فائدةُ النهيِ تحريمُ المنهيِّ عنه، والمنعُ مِن إيقاعِ الثلاثِ؛ لئلا يندمَ ولا يقدِرَ على مُراجعتِها، والنهيُ إذا كان لمعنًى في غيرِ[4] المنهيِّ عنه لا يُمنَعُ مِن وُقُوعِه، كالبيعِ عندَ أذانِ الجمعةِ[5].

فإن قيل: إنَّ اللَّهَ تعالى جعَل لنا الطلاقَ على وجهٍ مباحٍ، فإذا طَلَّقْنا[6] على غيرِ[7] ذلك الوجهِ لم يقعْ، كمَن وكَّل رجلًا بطلاقِ امرأتِه للسُّنَّةِ فطَلَّقَها للبدعةِ.

(١) في (ع): «وظهور الحمل».
(٢) قال في حاشية (ح): «وهم أهل الظاهر».
(٣-٣) في (أ، ح، ع، م):«أن»، وفي (ش): «إلا أن»، وفي (س، ق): «عما».
(٤) ليس في (س).
(٥) قال في حاشية (ح): «والنهي عن الطلاق في الحيض لتطويل العدة عليها».
(٦) في (س، ش، ض، ي): «طلقها».
(٧) ليس في(س).



قيل له: إنَّ اللَّهَ تعالى مَلَّكَنا الطلاقَ وأمَرَنا أنْ نَتصرَّفَ فيه على وجهٍ مباحٍ، فإذا تَصَرَّفْنا[1] على غيرِ ذلك الوجهِ لا يمنَعُ وُقوعَ التَّصَرُّفِ مِنَّا[2]، وإنْ كان محظورًا.

ووِزانُ ذلك مِن الوكيلِ أن يُمَلِّكَه الموكِّلُ طلاقَ امرأتِه، ثُمَّ يقولَ[3] له: طَلِّقْها للسُّنَّةِ. فإنْ طَلَّقَها للبدعةِ وقَع، كذلك هذا.

قال: ويُسْتحَبُّ له أن يُراجِعَها، فإذا طَهُرتْ وحاضَتْ وطَهُرتْ، فإنْ شاءَ طَلَّقَها وإنْ شاءَ أمسَكها.

أمَّا استحبابُ الرجعةِ؛ فلأنَّ ابنَ عمرَ لَمَّا طَلَّق امرأتَه في حالِ الحيضِ أمَره النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنْ يُراجِعَها، وأمَّا ما ذُكِر مِن أنَّه إذا أراد طلاقَها طَلَّقَها في الطُّهْرِ الذي يلِي الحيضةَ الثانيةَ؛ فهو ما ذكَره محمدٌ في «الأصلِ».

وذكَر الطَّحاويُّ: أنَّه يُطَلِّقُها في الطُّهْرِ الذي يلِي الحيضةَ التي وقَع فيها الطلاقُ[4].

قال أبو الحسنِ: ما ذكَره الطَّحاويُّ هو قولُ أبي حنيفةَ، وما ذكَره في «الأصلِ» هو قولُهما[5].

---

(١) في (ح): «طلقنا».

(٢) ليس في (ر)، وبعده في (أ، س، ع): «فإن طلقها للبدعة وقع كذلك هذا».

(٣) في (ع): «تقول».

(٤) ينظر: «الأصل» (٤/ ٣٩١، ٣٩٢، ٣٩٥)، و«مختصر اختلاف العلماء» (٢/ ٣٧٦)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٢٩، ٣٠).

(٥) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٧٤)، «بدائع الصنائع» (٣/ ٩١)، «المحيط البرهاني» (٣/ ١٩٩).

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّه طُهْرٌ لم يُجامِعْها فيه، ولا أوقَع فيه طلاقًا، فجاز أن يُطَلِّقَها فيه[1] للسُّنَّةِ، كالطُّهْرِ الذي يلِي الحيضةَ الثانيةَ.

وجهُ قولِهما: ما روِي أنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لعمرَ: «مُرْهُ فليُراجِعْها، فإذا طَهُرتْ، ثُمَّ حاضَتْ، ثُمَّ طَهُرتْ؛ فإنْ شاءَ أمسَكها وإن شاءَ طَلَّقَها». ولأنَّ الطلاقَ المُوقَعَ في الحيضِ بمنزلةِ الموقَعِ في الطُّهْرِ الذي بعدَه؛ بدليلِ أنَّ تلك الحيضةَ لا يُعْتَدُّ بها، ولو طَلَّقَ[2] في الطُّهْرِ لم يَجُزْ أنْ يُطلِّقَ ثانيًا، كذلك إذا طَلَّقَ في الحيضةِ، ثُمَّ طَهُرتْ بعدَها.

قال: ويقعُ طلاقُ كلِّ زوجٍ إذا كان عاقِلًا بالغًا، ولا يقعُ طلاقُ الصبيِّ والمجنونِ[3].

لِما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «كلُّ طلاقٍ جائزٌ إلا طلاقَ [4]الصبيِّ و[4] المَعْتوهِ»[5]. ولِما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «رُفِع القلمُ عن ثلاثٍ؛ عن النائمِ حتى يستيقظَ، وعن المجنونِ حتى يُفِيقَ، وعن الصبيِّ حتى يحتلِمَ»[6].

(١) في (س): «فيها».

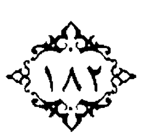
(٢) في (أ، ع): «طلقها».

(٣) بعده في (أ٢، ح، ظ، ق، ل): «والنائم».

(٤-٤) ليس في (أ، ع).

(٥) قال في حاشية (ح): «ولو طلق الصبي أو النائم، ثُمَّ بلغ أو استيقظ فقال: أجزت ذلك الطلاق لا يقع، ولو قال: أوقعته يقع اختيار، ولو قال: أوقعت ما تلفظت به في حالة النوم لا يقع. خلاصة».

(٦) تقدم تخريجه.



فظاهرُ هذا الخبرِ[1] يَقْتضِي أن لا يقعَ طلاقُه[2]؛ لأنَّ رفعَ القلمِ يَقْتضِي رفعَ الحكمِ عنه فلا تَحرُمُ عليه امرأتُه لذلك، ولأنَّه لا خلافَ أنَّ النائمَ لا يقعُ طلاقُه، فكذلك الصبيُّ والمجنونُ لتَساوِيهم في زوالِ التكليفِ.

قال: وإذا تزوَّج العبدُ وقَع طلاقُه.

يعني: إذا تزوَّج بإذنِ مَوْلاه، وذلك لأنَّه مُكَلَّفٌ، فوقَع طلاقُه كالحرِّ.

قال: ولا يقعُ طلاقُ مَوْلاه على امرأتِه.

وذلك لأنَّ إذنَ المَوْلى إنما يُؤثِّرُ في زوالِ الحَجْرِ، وإذا زالَ الحَجْرُ وقَع عقدُ النِّكاحِ للعبدِ خاصةً، فكان حِلُّه إليه دونَ المَوْلى الذي لا يملِكُه.

قال: والطلاقُ على ضربَيْن: صريحٌ وكنايةٌ؛ فالصَّريحُ قولُه: أنتِ طالقٌ، ومُطلَّقةٌ، وطَلَّقتُك. فهذا يقعُ به الطلاقُ الرجعيُّ، ولا يقعُ به إلا واحدةٌ، وإنْ نوَى أكثرَ مِن ذلك.

أمَّا معرفةُ الصريحِ فإنما يُرجَعُ فيه إلى ما [3]جرَى العُرْفُ[3] باستعمالِه في شيءٍ دونَ غيرِه، وهذه الألفاظُ التي ذكَرها تُسْتعمَلُ في العُرْفِ في الزَّوجاتِ ولا تُسْتعمَلُ في غيرِهنَّ، فدَلَّ أنَّها صريحٌ.

ومِن حكمِ الصَّريحِ أنَّه يقعُ به الطلاقُ الرجعيُّ، وذلك لقولِه تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩] فأثبَت الرجعةَ عَقِيبَ

---

(١) ليس في (أ، ح، ش، ع، ل، م).

(٢) في (أ، ع): «الطلاق».

(٣-٣) في (ي): «جرت به العادة».



التَّطليقتَيْن، ولأنَّ ابنَ عمرَ لمَّا طلَّق امرأتَه أمَره النبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ أن يُراجِعَها.

وقد قال أصحابُنا: إنَّ لفظَ الصَّريحِ لو نَوَى به البائنَ لم يَكُنْ بائنًا وكان رجعيًّا؛ لأنَّ النيَّةَ تُؤَثِّرُ في صرفِ الكلامِ مِن وجهٍ (1إلى وجهٍ1)، والصَّريحُ لا يَصِحُّ[2] صرفُه مِن وجهٍ إلى وجهٍ، فلم تُؤَثِّرْ فيه النيَّةُ.

وأمَّا قولُه: لا يقعُ به إلا واحدةٌ. فهو قولُ أصحابِنا[3].

وقال الشافعيُّ: إذا قال لامرأتِه: أنتِ طالقٌ. ونوَى ثلاثًا وقَع ثلاثًا[4].

دليلُنا: ما روِي: «أنَّ ابنَ عمرَ طَلَّق امرأتَه في[5] الحيضِ، فأمَره النبيُّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ أن يُراجِعَها»، ولم يَسْتَحلِفْه أنَّه لم يُرِدْ ثلاثًا، ولو احتمَل اللفظُ ذلك استحلَفه كما استحلَف رُكانةَ في البتةِ: «باللَّهِ ما أردتَ إلا واحدةً؟»[6].

ولأنَّ قولَه: أنتِ طالقٌ. يَقْتضِي تطليقةً[7] واحدةً؛ بدلالةِ اتِّفاقِهم أنَّه إذا لم

(1-1) ضرب عليه في (ي). (2) في (س، ض): «يصلح».

(3) ينظر: «المبسوط» (6/ 83)، و«شرح نكت السرخسي» للعتابي (ص52)، و«بدائع الصنائع» (3/ 111)، و«تبيين الحقائق» (2/ 197).

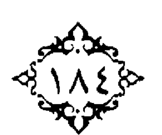
(4) ينظر: «الأم» (5/ 149)، و«الحاوي» (10/ 141)، و«المهذب» (3/ 14).

(5) بعده في (ر، س، ض، ق، ي): «حال».

(6) أخرجه أبو داود (2208)، والترمذي (1177)، وابن ماجه (2051) من طريق عبد اللَّه بن علي بن يزيد بن ركانة، عن أبيه، عن جده. قال الترمذي: «هذا حديث لا نعرفه إلا من هذا الوجه، وسألت محمدًا عن هذا الحديث، فقال: فيه اضطراب».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص218): «البتَّة: القاطعة، من البت، وهو القطع، فكانت قاطعة للملك».

(7) ليس في (ي).



يَنْوِ شيئًا كانَتْ واحدةً، وزعَم المخالِفُ أنَّ اللفظَ مُشْتَرَكٌ في تناولِ الواحدةِ والثلاثِ، وهذه دَعْوَى، فلا بُدَّ لها مِن دلالةٍ شرعيَّةٍ أو لغويَّةٍ، فأمَّا نحنُ فقد حمَلْنا اللفظَ على ما اتَّفَقْنا على تناولِه، فلا يحتاجُ إلى دلالةٍ.

فإن قيل: قولُه: أنتِ طالقٌ. اسمُ فاعلٍ، يُقالُ: طَلُقتْ فهي طالقٌ، كما يُقالُ: خرَج فهو خارجٌ، وضرَب فهو ضاربٌ. واسمُ الفاعلِ يَتضمَّنُ العددَ؛ ألَا تَرى أنَّه يَحسُنُ أن يُفسِّرَه بما شاء مِن المصادرِ، فيقولُ: أنتِ طالقٌ مَرَّتَيْن، وأنتِ طالقٌ تطليقةً واحدةً، وتطليقتَيْن، وثلاثَ تطليقاتٍ، كما تقولُ: ضاربٌ ضربةً وضربتَيْن وثلاثَ ضَرَباتٍ. ولو كان الاسمُ لا يَتضمَّنُ[1] العددَ[2] لم يَحسُنْ أن يُفَسَّرَ به.

قيل له: قولُه: طالقٌ. قد اختُلِف فيه أنَّه اسمُ الفاعلِ أو هو صفةٌ، فعلى هذا لا نُسَلِّمُ، ولو سَلَّمْنا أنَّه اسمُ الفاعلِ، لم نُسَلِّمْ أنَّه يَتضمَّنُ العددَ، فأمَّا إذا قال: أنتِ طالقٌ مرتَيْن، فهذا ظرفُ زمانٍ أفادَ العددَ مِن طريقِ المعنى، والتقديرُ: أنتِ طالقٌ في زمانَيْن، والفعلُ الواحدُ لا يكونُ في زمانَيْن، فتَثبُتُ التَّطْليقتانِ[3] مِن طريقِ المعنى، وإذا قال: أنتِ طالقٌ تَطْليقتَين. فهذا مصدرٌ وليس بعددٍ.

وقد قال أصحابُنا: إذا قال: أنتِ طالقٌ. وقال: أردتُ أنَّها طالقٌ[4] مِن وثاقٍ. لم يُصَدَّقْ في القضاءِ ويُصَدَّقُ فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى، وذلك لأنَّه صرَف الكلامَ عن ظاهرِه فلا يُصَدِّقُه القاضي في الحكمِ، فكذلك[5] لا يَسَعُ المرأةَ

---

(١) في (ي): «يتناول».
(٢) بعده في (ي): «ولا يتضمنه».
(٣) ليس في: (ل)، وفي (أ، ر، س، ش، ع، ق، م): «التطليقتين».
(٤) في (ح): «طلاق».
(٥) في (أ، س، ع): «وكذلك».



أن تُصَدِّقَه[1]، فأمَّا فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى فيُصَدَّقُ؛ لأنَّه نوَى ما يحتمِلُه[2] كلامُه، واللَّهُ تعالى مُطلِعٌ على نِيَّتِه.

وقالوا: لو قال: أردتُ أنَّها طالقٌ مِن العملِ. لم يُصَدَّقْ فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى؛ لأنَّ اللفظَ لا يُستعمَلُ في الإطلاقِ[3] مِن العملِ، فقد نوَى ما لا يَقْتضِيه لفظُه، فلم يُصَدَّقْ.

ولو صَرَّح فقال: أنتِ طالقٌ مِن وَثاقٍ. لم يَقَعْ عليها شيءٌ في القضاءِ؛ لأنَّ المرأةَ تُوصَفُ[4] بأنها طالقٌ مِن وثاقٍ، وإنما اللفظُ ليس بمُسْتعمَلٍ فيه، فإذا صَرَّحَ به حُمِلَ عليه.

ولو صَرَّحَ فقال: أنتِ طالقٌ مِن هذا العملِ. لم يُصَدَّقْ في القضاءِ؛ لأنَّ الطلاقَ لا يُستعمَلُ في العملِ حقيقةً ولا مجازًا، فلم يُصَدَّقْ في الحكمِ، فأمَّا فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى فيُصَدَّقُ؛ لأنَّ اللفظَ مُحتمِلٌ، وإنْ كان خلافَ الظاهرِ.

وقد روِي عن أبي حنيفةَ فيمَن قال لامرأتِه: أنتِ مُطلَقةٌ. بالتخفيفِ، وقال: نَويتُ طلاقًا مِن عملٍ أو قيدِ دينٍ صُدِّقَ[5] فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى؛ لأنَّها مُطلَقةٌ مِن الأمرَيْنِ، فجاز أن يُصَدَّقَ فيه[6].

---

(١) في (ع): «يصدقه».

(٢) بعده في (ي): «اللفظ من».

(٣) في (أ، س، ع): «إطلاق».

(٤) في (ع): «يوصف».

(٥) من (ل، م، ي).

(٦) ينظر: «المحيط البرهاني» (٣/ ٢٠٧، ٤١٣)، و«الدر المختار» (ص٢١٤)، و«حاشية ابن عابدين» (٣/ ٣٠٣)، و«فتاوى قاضي خان» (١/ ٢٢٤).



قال: ولا يَفْتَقِرُ إلى نِيَّةٍ.

يعني: صريحَ الطلاقِ؛ وذلك لأنَّ ابنَ عمرَ طَلَّق امرأتَه في حالِ الحيضِ، فأمَره النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بمراجعتِها ولم يسألْه: هل نوَى الطلاقَ أو لم ينوِ، ولأنَّ النِّيَّةَ يُحتاجُ إليها في اللفظِ المُستعمَلِ في شيئَيْن ليُصْرَفَ بها عن أحدِهما إلى الآخرِ، وقد بيَّنَّا أنَّ ألفاظَ الطلاقِ لا تُسْتعملُ في غيرِ الزوجاتِ فلم تَفْتَقِرْ إلى نِيَّةٍ.

قال: وقولُه: أنتِ الطلاقُ، وأنتِ طالقٌ طلاقًا، وأنتِ طالقٌ الطلاقَ.

يعني: أنَّ هذه الألفاظَ مِن جملةِ الصريحِ وهو صحيحٌ[1]؛ لأنَّها لا تُستعمَلُ في غيرِ الزوجاتِ.

قال: فإنْ لم يكنْ له نِيَّةٌ فهي واحدةٌ رجعيَّةٌ.

وذلك لِما بَيَّنَّا أنَّ صريحَ لفظِ الطلاقِ مُوجَبُه تطليقةٌ واحدةٌ رجعيَّةٌ.

قال: فإنْ نوَى به ثلاثًا كان ثلاثًا.

أمَّا قولُه: أنتِ الطلاقُ. فيقعُ به الطلاقُ[2]؛ لأنَّ المفعولَ يُوصَفُ بالمصدرِ فيُقالُ: إنما هي إقبالٌ وإدبارٌ. يعني[3]: مُقبِلةٌ ومُدبِرةٌ، وإذا صَحَّ وصفُها بذلك وقَع به الطلاقُ، كقولِه: يا مُطلَّقةُ. فإنْ نوَى ثلاثًا كان ثلاثًا؛ لأنَّ الألفَ واللامَ

---

(١) في (س): «صريح».

(٢) في (ع): «الطالق»، وبعده في (ي): «و».

(٣) في (ح): «أي».



للاستغراقِ، والطلاقُ اسمُ الجنسِ، فيَقْتضِي ذلك استغراقَ جنسِ ما يملِكُه مِن الطلاقِ، وذلك هو الثلاثُ.

ولو قال: أردتُ اثنتَيْن. لم يَقَعْ إلا واحدةٌ؛ لأنَّا لم نُوقِّعِ الثلاثَ مِن حيثُ العددُ، وإنما أوقَعْناها لأنها جنسُ ما يملِكُه.

وأمَّا قولُه: أنتِ طالقٌ الطلاقَ. فإنْ نوَى به ثلاثًا وقَع لِما[1] ذكَرْناه.

وأمَّا إذا قال: أنتِ طالقٌ طلاقًا. ولم يَكُنْ له نِيَّةٌ وقَعتْ واحدةٌ؛ لأنَّ المصدرَ يُفيدُ التأكيدَ؛ تقولُ: قمتُ قيامًا. والتأكيدُ لا يفيدُ إلا ما يفيدُه المؤكَّدُ، فإنْ قال: أردتُ ثلاثًا. كان ثلاثًا في روايةِ «الأصلِ»؛ لأنَّ المصدرَ يفيدُ معنى الكثرةِ؛ بدليلِ قولِه تعالى: ﴿وَٱدۡعُواْ ثُبُورٗا كَثِيرٗا﴾ [الفرقان: ١٤] وإذا كان فيه معنى الكثرةِ جاز أن ينويَ به العددَ[2].

ورَوَى بشرٌ، عن أبي حنيفةَ: أنَّه لا يكونُ إلا واحدةٌ؛ لِما بيَّنَّا أنَّ المصدرَ يفيدُ التأكيدَ، والتأكيدُ لا يفيدُ إلا ما يفيدُه المؤكّدُ[3].

قال: والضربُ الثاني [4]مِن الطلاقِ[4] الكِناياتُ: ولا يقعُ بها الطلاقُ إلا بالنِّيَّةِ أو دلالةِ[5] الحالِ.

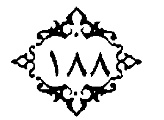
(١) في (أ، ع): «ما».

(٢) في (ي): «المصدر». وينظر: «الأصل» (٤/ ٤٥١)

(٣) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص١٨٧-١٩٠)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٧٥، ٧٦)، و«عيون المسائل» (١/ ٩٦، ٩٧)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٠٣).

(٤-٤) ليس في (نسخة مختصر القدوري).

(٥) في (ح، ش، ي): «بدلالة».



والأصلُ في هذا أنَّ ألفاظَ الكِناياتِ مُحتمِلةٌ للطلاقِ ولغيرِه، فلا يَنْصرِفُ اللفظُ إلى أحدِ[1] المحتملَيْن إلا بدليلٍ، فإنْ[2] نوَى الطلاقَ وقَع؛ لأنَّ النِّيَّةَ تصرِفُ الكلامَ مِن وجهٍ إلى وجهٍ إذا كان اللفظُ[3] مُحتمِلًا لهما.

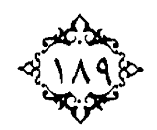
الدليلُ عليه: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حلَّف ركانةَ أنَّه ما أراد إلا واحدةً، وكان قد طلَّق امرأتَه البتَّةَ»[4]، فدلَّ على أنَّه لو نوَى الثلاثَ لوقَع، فرُجِع[5] إلى نِيَّتِه لمَّا احتَمل اللفظُ الثلاثَ والواحدةَ، كذلك إذا احتَمل اللفظُ الطلاقَ وغيرَه وُقِفَ على نِيَّتِه، أمَّا دلالةُ الحالِ فتقومُ مقامَ النِّيَّةِ في وُقُوعِ الطلاقِ بالكنايةِ.

وقال الشافعيُّ: دلالةُ الحالِ لا تُؤثِّرُ[6].

دليلُنا: أنَّ الكلامَ إذا خرَج جوابًا للسؤالِ[7] فالظاهرُ أنَّه محمولٌ على مُقْتَضى السؤالِ؛ بدليلِ قولِه تعالى: ﴿فَهَلْ وَجَدتُّم مَّا وَعَدَ رَبُّكُمْ حَقًّا قَالُواْ نَعَمْ﴾ [الأعراف: ٤٤]. معناه: نعم[8] وجَدْنا ما وعَدَنا ربُّنا حقًّا.

فإذا ثبَت هذا، وقالت له زوجتُه: طَلِّقْني. فقال: أنتِ بائنٌ[9]. فالظاهرُ أنَّه

(١) في (ي): «إحدى».
(٢) في (أ، س، ض، ع): «فإذا».
(٣) ليس في (أ، س، ع).
(٤) تقدَّم تخريجه.
(٥) في (ر، س، ض، ق، ي): «فيرجع».
(٦) ينظر: «حلية العلماء» (٧/ ٣٥- ٣٧)، و«البيان» (١٠/ ٩٤- ٩٧)، و«العزيز شرح الوجيز» (٨/ ٥٢٦)، و«المجموع» (١٧/ ١٠٤).
(٧) في (ي): «للسائل».
(٨) ليس في (س، ق، ي).
(٩) في (ي): «طالق».



أجابَها إلى ما سألَتْ، وقال لها: أنتِ بائنٌ بالطلاقِ. ولأنَّ دلالةَ الحالِ تُؤثِّرُ في حكمِ الكلامِ؛ ألَا تَرى أنَّ اللفظَ[1] الواحدَ يُحمَلُ على المدحِ تارةً وعلى الذَّمِّ أخرَى؛ لِما يُقارِنُه مِن دلالةِ الحالِ؛ تقولُ: يا فاضلُ. لمَن يَسْتحِقُّ المدحَ، فيكونُ مدحًا، وتقولُ[2] لمَن لا يَسْتحِقُّ المدحَ: يا فاضلُ. وأنتَ تريدُ وصفَه بِضِدِّ ذلك؛ لِما قارَنه مِن دلالةِ الحالِ.

فإن قيل: «إنَّ ركانةَ طلَّق امرأتَه البَتَّةَ، فجاء إلى النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال له: طَلَّقتُ امرأتي البَتَّةَ. فقال له: «ما أردتَ بها؟». فقال: واللَّهِ ما[3] أردتُ[4] إلا واحدةً. فرَدَّها إليه[5]»، ولم يَسْألْه عن دلالةِ الحالِ، ورجَع إلى نِيَّتِه.

قيل له: إنَّ ركانةَ قال: طَلَّقتُ[6]. وهذا لا يحتاجُ إلى دلالةِ الحالِ مع تصريحِه بإرادةِ[7] الطلاقِ، وإنما اعتبَر النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نِيَّتَه في العددِ، فلا دلالةَ في ذلك.

قال: وهي على ضربَيْنِ؛ منها ثلاثةُ ألفاظٍ يقعُ بها الطلاقُ الرجعيُّ ولا يقعُ بها إلا واحدةٌ وهي قولُه: اعْتَدِّي، واسْتَبرِئي رَحِمَكِ، وأنتِ واحدةٌ.

---

(١) في (ع): «لفظ».

(٢) في (ر، س): «يقول».

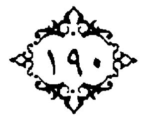
(٣) في (ق): «أعلم».

(٤) بعده في (ع، ل، م): «بها».

(٥) في (أ، س، ش، ض، ع، م): «عليه».

(٦) بعده في(ي): «امرأتي».

(٧) في (ي): «بلفظ بإزالة».



وهذا الذي ذكَره صحيحٌ، وهذه الألفاظُ الثلاثةُ في حكمِ الصريحِ، بمعنى أنَّ ما يقعُ بها مِن الطلاقِ رجعيٌّ، وهي في معنى الكِناياتِ مِن بابِ افتقارِها إلى النِّيَّةِ أو دلالةِ الحالِ.

وقد قال أبو حنيفةَ: القياسُ في قولِه: اعْتَدِّي. أن يكونَ بائنًا، وإنما تركْنا القياسَ للأثرِ[1].

قال أبو يوسفَ: وهو حديثُ جابرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لسَوْدةَ: «اعْتَدِّي». فناشَدَتْه أن يُراجِعَها لتجعَلَ يومَها لعائشةَ حتى تُحشَرَ في جملةِ أزواجِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، فراجَعها وردَّ عليها يومَها»[2].

وأمَّا قولُه: واسْتَبْرِئي رحمَك. فهو تفسيرٌ لقولِه: اعْتَدِّي. فيُفِيدُ ما يُفِيدُه.

وأمَّا قولُه: وأنتِ واحدةٌ. فهو صفةٌ لقولِه: أنتِ طالقٌ. ألَا ترى أنَّه يُقالُ:

---

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٥٥، ٥٦، ٥٩)، و«التجريد» (١٠/ ٤٨٥٠)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١١٢).

(٢) أخرجه الحارثي في «مسند أبي حنيفة» (٥٤). وينظر: «النتف» (١/ ٣٢١)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١١٢).

وقال في حاشية (ح): «وسبب ذلك أنه دخل عليها فوجدها تبكي على من قتل من أقاربها يوم بدر وترثيهم بأشعار أهل مكة فكره النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ذلك منها، فقال لها: «اعتدي». فندمت على ذلك واستشفعت إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ووهبت نوبتها لعائشة، وقالت: إني أكتفي بأن أبعث مع أزواجك يوم القيامة فراجعها النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ. شرح المنار لأكمل الدين». وشرح المنار المذكور هو: «الأنوار شرح المنار» لأمل الدين محمد بن محمود البابرتي (٧٨٦هـ)، وهو شرح على كتاب «المنار» في أصول الفقه للإمام النسفي (٧١٠هـ)، وقد حقق الكتاب في عدة رسائل جامعية بكلية الشريعة، جامعة محمد بن سعود الإسلامية.

أنتِ طالقٌ واحدةً. ولا يُقالُ: أنتِ بائنٌ واحدةً. وإذا كان صفةً لصريحِ الطلاقِ وقَع به ما يقعُ بالصريحِ.

وإنما قلنا: إنَّ هذه الألفاظَ تَفْتقِرُ إلى النيَّةِ؛ لأنها تحتمِلُ الطلاقَ وغيرَه؛ ألَا تَرى أنَّه يحتمِلُ: اعْتَدِّي بنِعْمتي، واسْتَبرِئي رحمَك لأُطَلِّقَك، وأنتِ واحدةُ قومِك، فإذا احتَمل أمرَيْن لم يُحمَلْ على أحدِهما إلا بالنِّيَّةِ.

وأمَّا قولُه: ولا يقعُ بها[1] إلا واحدةٌ. فصحيحٌ، وإذا نوَى ثلاثًا لا يقعُ.

وقال الشافعيُّ: يقعُ الثلاثُ بالنِّيَّةِ في قولِه: اعْتَدِّي واسْتَبْرِئي رحمَك[2].

لنا: أنَّه لفظٌ يقعُ به الطلاقُ الرجعيُّ فلا يقعُ به الثلاثُ، وإنْ نوَاها كقولِه: أنتِ واحدةٌ.

فإن قيل: إنَّه كنايةٌ لا يُنبِئُ[3] عن عددٍ، فجاز أن يقعَ بها الثلاثُ كقولِه: أنتِ بائنٌ.

قيل له: هناك اللفظُ صريحٌ في البينونةِ، والثلاثُ هي البينونةُ الكبرى، فإذا نوَى ما يَصلُحُ له اللفظُ وقَع، وفي مسألتِنا اللفظُ لا يفيدُ البينونةَ ولا يقعُ بمُطْلَقِه باتِّفاقٍ، فلم يَجُزْ أن يُحمَلَ عليه بالنِّيَّةِ كقولِه: أنتِ طالقٌ.

قال: وبقيةُ الكناياتِ إذا نوَى بها الطلاقَ كانَتْ واحدةً بائنةً.

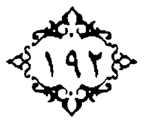
وقال الشافعيُّ: كلُّها طلاقٌ رجعيٌّ.

---

(١) في (ي): «به».

(٢) ينظر: «نهاية المطلب» (١٤/ ٦٥)، و«البيان» (١٠/ ٩٤).

(٣) في (أ): «تنبئ».



لنا: أنَّ البينونةَ تفيدُ القطعَ، ومنه قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما أُبينَ مِن الحيِّ[1] فهو مَيِّتٌ»[2]. وإذا اقتضَى اللفظُ القطعَ ووقَع به الطلاقُ وجَب أن يقعَ مُقْتَضاه كقولِه: أنتِ طالقٌ ثلاثًا. ولأنَّ الزوجَ يملِكُ البينونةَ، ومَن أوقَع ما يملِكُه وقَع كالثَّلاثِ.

فإن قيل: روِي أنَّ ركانةَ طلَّق امرأتَه البَتَّةَ، فاسْتَحلَفه النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «ما أردتَ إلا واحدةً؟». ورَدَّها عليه».

قيل له: المرويُّ في الخبرِ أنَّه لمَّا حلَف: «ما أردتُ إلا واحدةً». فقال له النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هو على ما أردتَ». وهذا لا دلالةَ فيه، ولأنَّه لو صَحَّ أنَّه رَدَّها عليه[3] احتَمل أن يكونَ رَدَّها عليه بنكاحٍ جديدٍ، وهذا هو الظاهرُ بدليلِ أنَّه أضافَ الرَّدَّ إلى النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، والرَّدُّ الذي هو الرَّجعةُ يُضافُ إلى الزوجِ.

قال: وإنْ نوَى ثلاثًا كانَتْ ثلاثًا.

لِما ذكَرْناه مِن خبرِ ركانةَ، ولأنَّ البينونةَ تارةً تكونُ بالواحدةِ وتارةً تكونُ بالثلاثِ، فإذا نوَى أحدَ ما يحتمِلُه اللفظُ وقَع.

قال: وإنْ نوَى اثنتَيْن كانَتْ واحدةً.

---

(١) في (أ، س، ع): «حي».

(٢) أخرجه أبو داود (٢٨٥٨)، والترمذي (١٤٨٠) من طريق عبد الرحمن بن عبد الله بن دينار، عن زيد بن أسلم، عن عطاء بن يسار، عن أبي واقد مرفوعًا: «ما قطع من البهيمة وهي حية فهي ميتة». قال الترمذي: «حديث حسن غريب لا نعرفه إلا من حديث زيد بن أسلم». وأخرجه بنحوه ابن ماجه (٣٢١٦) من طريق هشام بن سعد، عن زيد بن أسلم، عن ابن عمر.

(٣) ليس في (ي).



وقال زفرُ: يقعُ ما نوَى[1]. وبه قال مالكٌ[2]، والشافعيُّ[3].

لنا: أنَّ البينونةَ لا تَتضمَّنُ العددَ؛ ألَا تَرى أنَّه لا يَصِحُّ أن ينطِقَ بها بعددٍ فيقولَ: أنتِ بائنتَيْن. وإذا لم تَتضمَّنِ العددَ لم يَصِحَّ أن يقعَ بالنِّيَّةِ ما لا يَتضمَّنُه الكلامُ.

وجهُ قولِ زفرَ: أنَّ كلَّ لفظٍ جاز أن [4]يقعَ به الثلاثُ جاز أن[4] يقعَ به ما دونَه كالواحدةِ.

قلنا: الواحدةُ والثلاثُ إنما يقعُ مِن حيثُ إنَّ كلَّ واحدٍ[5] منهما بينونةٌ، واللفظُ يقتضِي ذلك فلا يقعُ مِن حيثُ العددُ، ولو أوقَعْنا اثنتَيْن إذا نوَى لأوقَعْناهما مِن حيثُ العددُ، وقد بَيَّنَّا أنَّ اللفظَ لا يقتضِي ذلك.

يُبَيِّنُ صِحَّةَ ما قلناه: أنَّه إذا قال لزوجتِه الأمةِ: أنتِ بائنٌ. ينوِي الثِّنتَيْن وقَع[6] لمَّا كانتِ البينونةُ الكبرى في حقِّها، فكانَتْ[7] كالثلاثِ في حقِّ الحرةِ.

وقد قالوا: لو طلَّق امرأتَه الحرةَ واحدةً، ثُمَّ قال لها: أنتِ بائنٌ. ينوِي اثنتَيْن لم يقعْ إلا واحدةً؛ لأنَّ الحرةَ لا تَبِينُ بالثِّنتَيْن قطُّ لولا ما تقدَّم مِن الطلاقِ، فلم

(١) بعده في (س): «به». وينظر: «المبسوط» (٦/ ٧٦)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٠٨)، و«البناية» (٥/ ٣٦٣).

(٢) ينظر: «المدونة» (٢/ ٢٧٤)، و«النوادر والزيادات» (٥/ ١٣٢)، و«عيون المسائل» (ص٣٤٧، ٣٤٨).

(٣) ينظر: «الأم» (٥/ ٢١٢)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٩٥)، و«الحاوي» (١٠/ ٨).

(٤-٤) ليس في (ع).

(٥) في (س، ي): «واحدة».

(٦) في (أ، س، ع): «ويقع».

(٧) بعده في (ي): «بائن».



يَكُنْ ذلك[1] وقوعَ بينونةٍ فيها، فلم يقعْ[2] بالنِّيَّةِ.

قال: وهذا مثلُ قولِه: أنتِ بائنٌ، وبَتَّةٌ، وبَتْلَةٌ، وحرامٌ، وحبلُك على غاربِك، والحَقِي بأهلِك، وخَلِيَّةٌ، وبَرِيَّةٌ، ووَهَبتُك لأهلِك، وسَرَّحتُك، وفارَقتُك، وأنتِ حُرَّةٌ، وتَقَنَّعِي، [3]واسْتَتِري واغْرُبِي[3]، وابتغِي الأزواجَ.

هذه الألفاظُ التي ذكَرها كلُّها كناياتٌ؛ لأنَّها تحتمِلُ الطلاقَ وغيرَه.

قال: فإنْ لم يَكُنْ له نِيَّةٌ لم يَقَعْ بهذه الألفاظِ طلاقٌ إلا أن يكونا في[4] مُذاكرةِ الطلاقِ، فيقعُ بها الطلاقُ في القضاءِ، ولا يقعُ فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى إلا أن ينويَه، وإن لم يكونا في ذكرِ[5] الطلاقِ وكانا في غضبٍ أو خُصومةٍ وقَع الطلاقُ بكلِّ لفظٍ لا يُقصَدُ به السَّبُّ والشَّتِيمةُ، ولم يَقَعْ بما يُقصَدُ به السَّبُّ والشَّتِيمةُ إلا أن ينويَه.

أمَّا اعتبارُ النِّيَّةِ أو دلالةِ الحالِ في وُقُوعِ الطلاقِ بألفاظِ الكِناياتِ فقد بَيَّنَّاه، إلا أنَّ الحكمَ يختلِفُ في دلالةِ الحالِ على ما نُبيِّنُه[6].

وقد قسَّم[7] أصحابُنا الكِناياتِ ثلاثةَ أقسامٍ:

---

(١) ليس في (ج، م).

(٢) في (ع): «تقع».

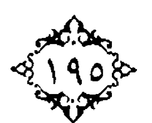
(٣-٣) في (ع): «واستبري رحمك، واعتدي»، وفي (ي): «واعزلي».

(٤) بعده في (نسخة مختصر القدوري): «حال».

(٥) في (نسخة مختصر القدوري): «مذاكرة».

(٦) في (أ، ض، ع، م، ي): «أبينه».

(٧) في (ي): «فسر».



فالقسمُ الأولُ: لا يُدَيَّنُ فيه في القضاءِ في مذاكرةِ الطلاقِ كانا، أو في حالِ الغضبِ، وذلك قولُه: أمرُكِ بيدِك، واخْتاري، واعْتَدِّي. لأنَّ هذه الألفاظَ لا تَصلُحُ للسَّبِّ ولا للإبعادِ، فالظاهرُ منها الطلاقُ، ومَن تكلَّم بكلامٍ الظاهرُ منه الطلاقُ لم يُصَدَّقْ في صرفِه عن ظاهرِه، كما لو قال: أنتِ طالقٌ، ثُمَّ قال: نَويتُ به طلاقًا مِن وثاقٍ، فأمَّا فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى فيُدَيَّنُ[1]؛ لجوازِ أن يكونَ كما قال، واللَّهُ تعالى أعرفُ بنيَّتِه.

والقسمُ الثاني: لا يُدَيَّنُ في القضاءِ إذا كانا في مذاكرةِ الطلاقِ، ويُدَيَّنُ إذا كانا في حالِ الغضبِ[2]، وذلك في كلِّ لفظٍ يَصلُحُ للسَّبِّ، وهي خمسةُ ألفاظٍ: أنتِ خَليَّةٌ، وبَرِيَّةٌ، وبائنٌ، وبَتَّةٌ، وحرامٌ؛ لأنَّ هذه الألفاظَ تَصلُحُ للسَّبِّ، ألَا ترى أنَّه يقولُ: أنتِ خَليَّةٌ مِن الخيرِ، وبَرِيَّةٌ مِن الإسلامِ، وبائنٌ مِن الدينِ، وبَتَّةٌ مِن المروءةِ، وحرامٌ الاجتماعُ معكِ.

فإذا كانا في حالِ الغضبِ فهي حالٌ تَصلُحُ للسَّبِّ وتَصلُحُ للطلاقِ، فإذا احتَمل الأمرَيْن[3]، لم يُحمَلْ على أحدِهما إلا بالنِّيَّةِ، فأمَّا إذا كانا في حالِ مذاكرةِ الطلاقِ مثلَ أن تقولَ: طَلِّقْني. فيُجيبَها ببعضِ هذه الألفاظِ، فهذه الحالُ لا تَصلُحُ إلا للطلاقِ، فوجَب حملُ هذه الألفاظِ على الطلاقِ دونَ السَّبِّ فلم يُقبَلْ قولُه، وأمَّا فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى، فيُدَيَّنُ لجوازِ أن يكونَ كما قال.

وقد رُوِي عن أبي يوسفَ؛ أنَّه زاد في ذلك أربعةَ ألفاظٍ أُخَرَ وهي: لا سبيلَ

---

(١) في (ي): «يصدق».

(٢) بعده في (ح): «والخصومة».

(٣) في (ع): «الأمران».



لي عليكِ، وفارَقتُكِ، وخَلَّيتُ سبيلَكِ، ولا مِلْكَ لي عليكِ. قال: لأنها تحتمِلُ السَّبَّ. ألَا تَرى أنَّه يقولُ: لا سبيلَ لي عليك لِشَرِّكِ، وفارَقتُك (١في المكانِ١) لكراهةِ اجتماعِي معك، وخَلَّيتُ سبيلَك وما أنتِ عليه، ولا مِلْكَ لي عليك؛ لأنَّك أقلُّ مِن أن أتمَلَّكَكِ[٢].

والقسمُ الثالثُ: يُدَيَّنُ فيه في القضاءِ في حالِ الغضبِ، وفي حالِ مذاكرةِ الطلاقِ، وذلك مثلُ قولِه: اغْرُبي، وتَقَنَّعِي، واسْتَتِري[٣]، واخرُجِي، واذْهَبِي، وقُومِي، وتَزوَّجِي، ولا نكاحَ لي عليكِ.

وعلى قولِ أبي حنيفةَ أيضًا: لا سبيلَ لي عليكِ، ولا مِلْكَ لي عليكِ. وذلك لأنَّ هذه الألفاظَ تُذكَرُ ويُرادُ بها الإبعادُ، وحالُ الغضبِ حالُ الإبعادِ؛ لأنَّ الإنسانَ يُبعِدُ زوجتَه فيها وإن لم يُطَلِّقْها، وكذلك حالُ ذكرِ الطلاقِ.

ولأنها لو قالت له: طَلِّقْني. فقال: لا سبيلَ لي عليكِ. احتَمل: لا سبيلَ لي على طلاقِكِ، ولا مِلْكَ لي على طلاقِكِ. وهذا يُذكَرُ ويُرادُ به الامتناعُ مِن الطلاقِ، وإذا احتَمل في هذَيْن الحالَيْن الإبعادَ[٤]، واحتَمل[٥] الطلاقَ، رُجِع إلى نِيَّتِه.

فأمَّا معرفةُ الكناياتِ؛ فكلُّ لفظٍ كان له تَعلُّق بالطلاقِ فهو كنايةٌ، كقولِه: اذهبِي. فإنَّه[٦] يحتمِلُ: اذهبِي لأنِّي قد طَلَّقتُك. وكذلك: تزوَّجِي. هو كنايةٌ تقديرُه: تزوَّجِي

(١-١) ليس في (ح، ر).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٠٥، ١٠٦)، و«الاختيار» (٣/ ١٣٣)

(٣) في (ع): «واستبرئي رحمك».

(٤) في (ح): «الإبقاء». وأشار في حاشيتها أنه كالمثبت في نسخة.

(٥) ليس في (ح).

(٦) في (أ، ح، ع، ل، م): «لأنه».



لأنّي قد طَلَّقتُك. ولو قال: كُلِي. ونوَى به الطلاقَ[1] لم يَقَعْ؛ لأنَّ الأكلَ لا تَعلُّقَ له بالطلاقِ، فعلى هذا المعنى يجِبُ أن تُراعَى معرفةُ الكِناياتِ.

ولو قال: لا حاجةَ لي فيكِ. ينوِي به الطلاقَ لم[1] يَقَعْ؛ لأنَّ نفيَ [2]الطلاقِ يجتمِعُ[2] مع الزوجيَّةِ؛ ألَا ترَى أنَّ الإنسانَ قد يَتزوَّجُ مَن لا حاجةَ له فيها.

وإذا قال: لم[3] أتَزوَّجْك. لم يَقَعْ به الطلاقُ؛ وذلك لأنَّ الطلاقَ هو حَلُّ العقدِ بعدَ وُقوعِه، وهذا نفيٌ لأصلِ النكاحِ، وهو كاذبٌ فلا يقعُ به الطلاقُ.

قال: وإذا وصَف الطلاقَ بضَرْبٍ مِن الزيادةِ أو الشِّدَّةِ كان بائنًا؛ مثلَ أن يقولَ: أنتِ طالقٌ بائنٌ، وطالقٌ أشدَّ الطلاقِ، وأفحشَ الطلاقِ، وطلاقَ الشيطانِ والبدعةِ، وكالجبلِ، ومِلْءَ البيتِ.

وذلك لأنَّه وصَف الطلاقَ بضربٍ مِن الزيادةِ[4]، والزيادةُ قد تكونُ بالبينونةِ، وقد تكونُ بالعددِ، فوجَب إثباتُ المُتيَقَّنِ منهما وهي البينونةُ، وهذا قولُ أبي حنيفةَ في جميعِ ذلك.

وقد خالَفه أبو يوسفَ، ومحمدٌ في بعضِ ذلك؛ فقال أبو يوسفَ: إذا قال: مثلَ الجبلِ. فهو رجعيٌّ. ورُوِي عنه[5] أنَّه قال: يُنظَرُ إلى المُشبَّهِ به؛ فإنْ كان يُفِيدُ الشِّدَّةَ والعُظْمَ مثلَ الجبلِ فهو بائنٌ، وإنْ كان لا يُفِيدُ ذلك مثلَ قولِه: مثلَ حَبَّةِ الخردلِ. لم يَكُنْ بائنًا[6].

---

(1) ليس في (ع).
(2-2) في (أ، ر، س، ش، ض، ع، ق، ل): «الحاجة تجتمع».
(3) في (ي): «لا».
(4) بعده في (ي): «والشدة».
(5) في (ح): «عن محمد». وكتب فوقه بالمداد الأحمر: «عنه»، ونسبه لنسخة.
(6) ينظر: «المبسوط» (6/ 198، 199)، و«بدائع الصنائع» (3/ 111)، و«الهداية» (1/ 239)، =



وجهُ قولِه: أنَّه يحتمِلُ أنَّه أراد البينونةَ، ويحتمِلُ أنَّه وصَف الطلاقَ بأنَّه يَكبُرُ عليها ويَعظُمُ، فلا يُحمَلُ[1] على البينونةِ بالشَّكِّ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ أيضًا: إذا قال: أنتِ طالقٌ مِلْءَ هذا الكوزِ. أنَّه رجعيٌّ[2].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّه وصَف الطلاقَ بضربٍ مِن الزيادةِ، فصار كقولِه: أنتِ طالقٌ تطليقةً طويلةً.

وجهُ قولِهما: أنَّه لم يَصِفِ الطلاقَ بشيءٍ، وإنما خَصَّها بمكانٍ، فصار كقولِه: أنتِ طالقٌ في الدارِ.

ولو قال: أنتِ طالقٌ تطليقةً تملأُ الكوزَ. كان بائنًا في قولِهم؛ لأنَّه صفةٌ للطلاقِ، فيَقْتضِي زيادةَ عُظْمٍ، وليس ذلك إلا البينونةُ.

قال: وإذا أضافَ الطلاقَ إلى جملتِها، أو إلى ما يُعَبَّرُ[3] به عن الجملةِ وقَع الطلاقُ؛ مثلَ أن يقولَ: أنتِ طالقٌ، أو رَقَبتُك طالقٌ، أو عُنُقُك طالقٌ[4]، أو بَدَنُك طالقٌ، أو جسدُك، (٥أو فَرْجُكِ٥)، أو وجهُك.

وذلك لأنَّ هذه الألفاظَ يُعَبَّرُ بها عن الجملةِ؛ ألَا ترى أنَّه يُقالُ: عندَ فلانٍ

و«الاختيار» (٣/ ١٣٠).

(١) في (ح): «تحمل»، وفي (ق): «يحتمل».

(٢) ينظر: «المبسوط» (٦/ ٢٢)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١١٠)، و«فتاوى قاضي خان» (١/ ٢٣٣).

(٣) في (ع): «تعتبر».

(٤) بعده في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٣٧): «أو روحك».

(٥-٥) ليس في (س).



كذا وكذا رأسًا مِن الرقيقِ، وفي الدارِ كذا وكذا نفسًا، وإذا كان ذكرُ هذه الأشياءِ كذكرِ الجملةِ صار كقولِه: أنتِ طالقٌ. فيقعُ به[1] الطلاقُ.

قال: وكذلك إن طَلَّقَ جزءًا شائعًا منها مثلَ أن يقولَ: نصفُك[2]، أو ثُلُثُكِ[3].

وذلك لأنَّ التحريمَ يَثبُتُ في ذلك الجزءِ، ثُمَّ يَسْرِي إلى[4] الجميعِ كمَن أعتَق بعضَ جاريتِه.

قال: ولو قال: يدُك طالقٌ، أو رِجْلُك طالقٌ. لم يقعِ الطلاقُ.

وقال زفرُ: يقعُ[5]. وبه قال الشافعيُّ[6].

لنا: أنَّ الطلاقَ (7) رَفْعٌ لعقدٍ لو أضافَه إلى جزءٍ معينٍ لم يَصِحَّ، فإذا أضافَ رفعَه (7) إلى جزءٍ معينٍ لم يَصِحَّ أيضًا، كالإقالةِ في البيعِ.

وجهُ قولِ زفرَ: أنَّه أوقَع الطلاقَ على جزءٍ منها مُتَّصِلٍ بها اتِّصالَ خِلْقةٍ، فوجَب أن يقعَ كما لو قال: رأسُك طالقٌ[8].

---

(١) في (ح): «بها».

(٢) بعده في (ح): «طالق».

(٣) بعده في (ح): «طالق».

(٤) في (ح): «يسري في»، وفي (ع): «تسري إلى».

(٥) ينظر: «النتف» (١/ ٣٤٢)، و«المبسوط» (٦/ ٨٩)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٤٣).

(٦) ينظر: «الحاوي» (١٠/ ٢٤١)، و«التنبيه» (ص١٧٥).

(٧-٧) في (ق): «يقع لو أضافه».

(٨) ليس في (ي).



قلنا: هذا يَبطُلُ بالدمِ[1] والحملِ إذا أشار بالطلاقِ إليه، ولأنَّ الرأسَ لو[2] أشار إليه بالطلاقِ وهو يريدُ العضوَ، ولا يريدُ الجملةَ به، لم يقعِ الطلاقُ أيضًا، وإنما يقعُ إذا أراد بذكرِه الجملةَ، وهذا لا يُوجَدُ في اليدِ والرجلِ؛ لأنه لا يُعَبَّرُ[3] به عن الجملةِ فاختَلَفا.

قال: ولو طَلَّقَها نصفَ تطليقةٍ، أو ثُلُثَ تطليقةٍ كانَتْ طالقًا[4] واحدةً[5].

وذلك لأنَّ الطلاقَ لا يَتبعَّضُ وما لا يَتبعَّضُ، فذِكْرُ[6] بعضِه كذكرِ جميعِه، أصلُه العفوُ مِن دمِ العمدِ، فعلى هذا إذا قال لها: أنتِ طالقٌ تطليقةً ونصفًا[7]. تَطْلُقُ ثِنْتَيْنِ.

ولو قَسَّم الطلاقَ بينَ نسائِه؛ فقال لامرأتَيْن له: بينكما تطليقةٌ. وقَع على كلِّ واحدةٍ منهنَّ تطليقةٌ كاملةٌ.

ولو قال لأربعِ نسوةٍ له: بينكُنَّ تطليقتانِ[8]. وقَع على كلِّ واحدةٍ منهُنَّ تطليقةٌ؛

---

(١) أثبت بعده في حاشية (س): «والريق».

(٢) في (س): «إذا».

(٣) في (ع): «يعتبر».

(٤) ليس في (ح)، وبعده في (ي): « تطليقة».

(٥) قال في حاشية (ح): «أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة وهي مدخول بها طلقت ثلاثًا؛ لأن تطليقةً منكر، فإذا أعيد كان الثاني غير الأول، ولو قال: أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها تطلق واحدة؛ لأن الثاني والثالث معرف فيكون عين الأول».

(٦) في (ي): «لأن ذكر».

(٧) من (ر، ي).

(٨) في (أ، ح، ر، س، ش، ع، ق، ل): «تطليقتين».



لأنَّا إذا قَسَمْنا بينَهُنَّ تطليقتَيْن أصابَ كلَّ واحدةٍ نصفُ تطليقةٍ، ولا يجوزُ أن يُقْسَمَ كلُّ تطليقةٍ على حِيالِها؛ لأنَّ قسمةَ ما لا يتفاوتُ آحادُه إنما يكونُ على الجملةِ، وإنما يُقسَمُ على[1] الآحادِ في الجنسِ الذي يتفاوتُ آحادُه، وهاهنا آحادُ التطليقاتِ لا تتفاوتُ[2]، فتكونُ القِسْمةُ على الجملةِ.

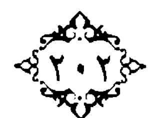
فإنْ قال الزوجُ: إنما أردتُ قسمةَ كلِّ تطليقةٍ على حيالِها. وقَع[3] على كلِّ واحدةٍ تطليقتانِ؛ لأنه شَدَّدَ على نفسِه فوقَع ما نوَى.

قال: وطلاقُ المكرهِ والسَّكرانِ واقعٌ.

أمَّا المكرهُ فلا خلافَ فيه بينَ أصحابِنا[4]، وقال الشافعيُّ: لا يقعُ طلاقُه[5].

لنا: ما روَى صفوانُ بنُ عمرٍو الطائيُّ: أنَّ رجلًا كان مع امرأتِه[6]، فأخذت سِكِّينًا وجَلَستْ على صدرِه، ووضَعتِ السِّكِّينَ على حلقِه وقالت: لأذْبحنَّك أو لتُطَلِّقَني ثلاثًا. فناشَدها[7] اللَّهَ، فأبَتْ عليه، فطَلَّقَها ثلاثًا، فذُكِر ذلك للنبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «لا قيلولةَ في الطلاقِ». ذكره محمدٌ في «الأصلِ»[8].

(١) من (ي).
(٢) في (ع): «يتفاوت».
(٣) في (ي): «وقعت».
(٤) ينظر: «الأصل» (٣/ ٣٠٧)، و«النتف» (١/ ٣٤٧)، و«المبسوط» (٢٤/ ٦٢).
(٥) ينظر: «الأم» (٧/ ٨١)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٩٧).
(٦) في (ع): «امرأة».
(٧) في (ح): «فأنشدها».
(٨) ينظر: «الأصل» (٣/ ٣٠٧).
والحديث أخرجه سعيد بن منصور (١١٣٠، ١١٣١-الأعظمي)، والعقيلي في «الضعفاء» =



ولأنَّ الإكراهَ معنًى يَدُلُّ على فقدِ الرِّضا مع صِحَّةِ القولِ، فلا يمنَعُ مِن وُقُوعِ[1] الطلاقِ كالهازلِ، وكما لو شرَط الخيارَ.

فإن قيل: قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِع عن أُمَّتِي الخطأُ والنِّسيانُ وما اسْتُكْرِهوا عليه»[2].

قيل: ظاهرُه متروكٌ بالإجماعِ؛ لأنَّا نعلمُ[3] أنَّ فعلَ الناسِي والخاطِئِ والمُكْرَهِ موجودٌ، فعُلِم أنَّ المرفوعَ[4] غيرُ الفعلِ، فليس لهم أن يحمِلوه على رفعِ حكمِ الفعلِ إلا ولنا أنْ نحمِلَه على رفعِ المأثمِ، فنَقِفُ[5] على الدليلِ، ولا يجوزُ حملُه عليهما؛ لأنَّ العمومَ لا يُعتبَرُ في المُضمراتِ.

وأمَّا السَّكْرانُ فقال أصحابُنا: يقعُ طلاقُه[6]. وكان أبو الحسنِ الكرخيُّ يختارُ أنَّه لا يقعُ[7]، ....

(٣/ ٤٤١). وينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٣١٢)، و«نصب الراية» (٣/ ٢٢٢)، و«البدر المنير» (٨/ ١١٨)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٢١٦-٢١٧)، و«الدراية» (٢/ ٦٩-٧٠).

(١) بعده في (ي): «صحة».

(٢) أخرجه ابن ماجه (٢٠٤٣) من حديث أبي ذر. و(٢٠٤٥) من حديث ابن عباس. وينظر: «نصب الراية» (٢/ ٦٤-٦٦)، و«البدر المنير» (٤/ ١٧٧-١٨٣)، و«التلخيص الحبير» (١/ ٢٨١-٢٨٣).

(٣) ليس في (ض)، وفي (ي): «نقول: نعلم».

(٤) في (أ، س، ض، ع، ق، ل): «الموضوع»، وفي (م): «الوقوع».

(٥) في (ح، ر، س، ش، ض، ق، ل، م): «فيقف»، وفي (ع): «فتقف».

(٦) ينظر: «المبسوط» (٦/ ١٧٦)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ١٩٥)، «بدائع الصنائع» (٣/ ٩٩)، و«فتاوى قاضي خان» (١/ ٢٣٣.

(٧) بعده في (ع): «طلاقه».



وهو قولُ الطَّحاوِيِّ، وأحدُ قولي الشافعيِّ[1].

وجهُ قولِ أصحابِنا: أنَّ السكرانَ مُكَلَّفٌ بدليلِ[2] وُجوبِ حدِّ القذفِ عليه[3]، والقَوَدِ بالقتلِ، وطلاقُ المُكَلَّفِ واقعٌ، الدليلُ عليه غيرُ السكرانِ.

وجهُ قولِ أبي الحسنِ الكرخيِّ: أنَّ زوالَ العقلِ بشُرْبِ النبيذِ كزوالِه بِشُرْبِ البَنْجِ والدواءِ، وقد أجمَعوا أنَّه لا يقعُ طلاقُ المُبَنَّجِ[4] كذلك السكرانُ.

الجوابُ: أنَّ شُرْبَ البَنْجِ في الغالبِ وفي العادةِ لا يقعُ على وجهِ المعصيةِ، وإنما يقعُ على وجهِ التَّداوِي، ثُمَّ يُفضِي إلى زوالِ العقلِ فلم يُعاقَبْ بِتَبْقِيةِ التكليفِ[5]، وإذا زالَ التكليفُ لم يقعْ طلاقُه، وليس كذلك شاربُ[6] النبيذِ؛ لأنه يقعُ في الغالبِ على وجهِ المعصيةِ، فعُوقِبَ ببقاءِ التكليفِ في حقِّه فوقَع.

فإن قيل: فيَجِبُ على هذا إذا شرِب البَنْجَ على وجهِ المعصيةِ أن يقعَ طلاقُه.

قيل له: الغالبُ أنَّه لا يشربُ على وجهِ المعصيةِ، والحكمُ يَتعلَّقُ بالغالبِ.

قال: ويقعُ الطلاقُ إذا قال: نَوَيتُ به الطلاقَ.

---

(١) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٧٠)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٠٦)، و«شرح معاني الآثار» (٣/ ٩٩)، و«المبسوط» (٦/ ١٧٦)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ١٩٥)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٩٩)، و«فتاوى قاضي خان» (١/ ٢٣٣).

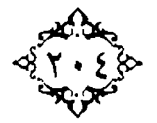
(٢) ليس في: (ي).

(٣) ليس في: (ي).

(٤) في (ل): «البنج».

(٥) ليس في (ح).

(٦) في (ي): «شرب».



يعني: السَّكرانَ، وليس هذا مذهبَ أصحابِنا، ولعلَّ صاحبَ «الكتابِ» رَحِمَهُ ٱللَّهُ كان يَقْوَى عندَه مذهبُ الشيخِ أبي الحسنِ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في أنَّه لا يقعُ طلاقُه، فإذا قال: نَوَيتُ الطلاقَ. صُدِّق بالإجماعِ، واللَّهُ أعلمُ.

وقد قال محمدٌ فيمَن شرِب النبيذَ فلم يَزُلْ عقلُه، ولكنْ صُدِّعَ فزالَ عقلُه بالصُّداعِ: إنَّ طلاقَه لا يقعُ؛ لأنَّ ذلك لم يَحصُلْ بسببٍ[1] هو لَذَّةٌ[2].

قال: وكذلك اللاعبُ بالطلاقِ والهازلُ به.

وذلك لِما ذكَر الحسنُ بنُ زيادٍ في «كتابِ الطلاقِ»، قال: وقد جاء عن رسولِ اللَّهِ صَلَّىٰ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «مَن طَلَّقَ لاعِبًا جازَ ذلك عَلَيْه»[3].

واحتجَّ أبو يوسفَ رَحِمَهُ ٱللَّهُ في هذا، فقال: حدَّثنا محمدُ بنُ إسحاقَ، عن زيدِ بنِ عبدِ اللَّهِ، عن سعيدِ بنِ المسيِّبِ، قال: «قال عمرُ بنُ الخطابِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ: إنَّها أمورٌ مُعْضَلاتٌ؛ الجدُّ والهَزْلُ بهنَّ[4] سواءٌ؛ الطلاقُ والعتاقُ والنكاحُ»[5].

---

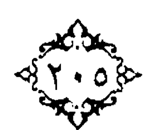
(١) في (أ، ع): «لسبب».

(٢) في (م): «هوله»، وفي (ي): «هواه». وينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٩٥)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٠٠)، و«فتاوى قاضي خان» (١/ ٢٣٣).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٨٧١٩) من طريق الحسن، عن أبي الدرداء. وأخرجه ابن جرير في «تفسيره» (٤/ ١٨٤)، وابن أبي حاتم في «تفسيره» (٢/ ٤٢٥) عن الحسن البصري مرسلًا.

(٤) في (ي): «فيهن».

(٥) أخرجه سعيد بن منصور (١٦٠٩، ١٦١٠/ الأعظمي)، وابن أبي شيبة (١٨٧١٥) من طريق سليمان بن سحيم، عن سعيد بن المسيب، عن عمر: «أربع جائزات على كل حال؛ العتق، والطلاق، والنكاح، والنذر». =



وقال أبو يوسفَ: عن إسماعيلَ بنِ مسلمٍ، عن الحسنِ، عن أبي الدرداءِ، أنَّه قال: «مَن لعِب بطلاقٍ أو عتاقٍ لزِمه، وإنَّ هذه الآيةَ نزَلتْ في ذلك ﴿وَلَا تَتَّخِذُوٓاْ ءَايَٰتِ ٱللَّهِ هُزُوٗاۚ﴾ [البقرة: ٢٣١]»[١].

قال: وكذلك الرجلُ يريدُ غيرَ الطلاقِ، فيَسبِقُه لسانُه بالطلاقِ؛ كرجلٍ أراد أن يقولَ لزوجتِه: اسْقِيني[٢] ماءً. فسبَقه لسانُه فقال: أنتِ طالقٌ. وقَع الطلاقُ؛ وذلك لأنَّ القصدَ إذا لم يُعتبَرْ فيه[٣]، فسَبْقُ اللسانِ ليس فيه [٤]أكثرُ مِن[٤] عدمِ القصدِ فيقعُ، وكذلك العتاقُ.

قال: ويقعُ طلاقُ الأخرسِ بالإشارةِ.

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ أن لا يَقَعَ.

وجهُ القياسِ: أنَّ الإشارةَ غيرُ مُحقَّقةٍ ولا معلومةٍ، فصارَتْ[٥] كالكلامِ الذي لا يُفهَمُ.

وقال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٨): «معضلات الأمور: هي التي تضيق فيها الحيلة».

(١) أخرجه ابن أبي عمر العدني في «مسنده»، كما في «إتحاف الخيرة» (٦/ ١٨٢)، و«المطالب العالية» (١٤/ ٤٦٨) عن سفيان، عن إسماعيل بن مسلم، عن الحسن، عن رجل، عن أبي الدرداء، بنحوه.

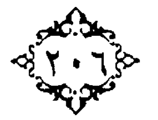
وأخرجه أحمد بن منيع في «مسنده»، كما في «إتحاف الخيرة» (٤/ ٤٥)، و«المطالب العالية» (٨/ ٤٣١) عن أبي معاوية، عن إسماعيل بن مسلم، عن الحسن، عن عبادة بن الصامت، بنحوه.

(٢) في (أ، ح، ش، ل): «اسقني».

(٣) ليس في (ي).

(٤-٤) في (ح): «أكبر».

(٥) في (أ، س، ع): «فصار».



وجهُ الاستحسانِ: أنَّ إشارتَه إذا صارَتْ معلومةً معروفةً فهي تَدُلُّ على معنًى مفهومٍ، فصارَتْ بمنزلةِ الكتابةِ، فيقعُ بها الطلاقُ.

وقد قال أصحابُنا: إنَّ الطلاقَ بالكتابةِ يقعُ إذا أراد بذلك الطلاقَ[1]. وهو أحدُ قولي الشافعيِّ، وقال في قولٍ آخرَ: لا يقعُ[2].

لنا: أنَّ الكتابةَ تقومُ مقامَ قولِ الكاتبِ؛ بدليلِ أنَّ النبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قامَتْ كتبُه إلى الآفاقِ مقامَ دعائِه بنفسِه عَلَيْهِٱلسَّلَامُ إلى الإسلامِ؛ ولأنَّ الكتابةَ حروفٌ منظومةٌ تَدُلُّ على معنًى مفهومٍ، فيقعُ بها[3] الطلاقُ كالكلامِ.

فإن قيل: الكتابةُ بصريحِ الكلامِ لا تقعُ به شيءٌ بغيرِ نِيَّةٍ، فلو وقَع بها طلاقٌ لم يَفْتقِرْ إلى النِّيَّةِ كالكلامِ[4].

قيل له: لا نُسَلِّمُ لأنَّه إذا كتَب على وجهِ الاحتمالِ[5] فيه وقَع الطلاقُ عندَنا[6] بغيرِ نِيَّةٍ؛ مثلَ أن يَكتُبَ: أمَّا بعدُ، يا فلانةُ إذا وصَل إليك كتابي هذا فأنتِ طالقٌ. فأمَّا أن يَكتُبَ على غيرِ وجهِ المخاطبةِ، و[7]كتَب: فلانةُ طالقٌ. لم يقعْ حتى ينويَ؛ لأنه يحتمِلُ أن يكونَ أوقَع به الطلاقَ، ويحتمِلُ أن يكونَ قصَد بالكتابةِ تجويدَ خَطِّه، فلا يُحمَلُ على الطلاقِ إلا بالنِّيَّةِ كألفاظِ الكناياتِ.

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٠٠)، و«فتاوى قاضي خان» (١/ ٢٣٣).

(٢) ينظر: «المهذب» (٣/ ١٣)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٧٤).

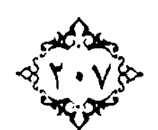
(٣) في (أ، س، ع): «به».

(٤) في (ي): «بالكلام».

(٥) في (أ): «لاحتمال»، وفي (ع): «لا احتمال».

(٦) في (ع): «عينًا».

(٧) في (ي): «أو».



وأمَّا الكلامُ الصريحُ فإنما لا يحتاجُ إلى النِّـيَّةِ؛ لأنَّه لا احتمالَ فيه لعُرْفِ الاستعمالِ، ولا عُرْفَ في الكتابةِ؛ ولهذا قلنا: إذا كانتِ الكتابةُ على وجهِ المخاطبةِ لا يحتاجُ إلى نِيَّةٍ؛ لأنَّ لها[1] ظاهرًا فهي كالكلامِ، ولو قال: ما أردتُ الطلاقَ. لم يُصَدَّقْ، كما لا يُصَدَّقُ في الكلامِ.

وقد قال أصحابُنا: إنَّه إذا كتَب كتابةً لا تَسْتبِينُ[2]، أو كتَب في الهواءِ فإنه لا يقعُ الطلاقُ؛ لأنَّ ذلك بمنزلةِ الكلامِ الذي لا يَسْتبِينُ، فلا يقعُ به شيءٌ.

وقالوا: لو كتَب: أمَّا بعدُ، إذا وصَل إليك كتابي هذا فأنتِ طالقٌ. فإنَّها لا تَطلُقُ حتى يَصِلَ إليها كتابُه؛ لأنَّه علَّق الطلاقَ بشرطٍ، فلا يقعُ قبلَ وُجُودِه.

قال: وإذا أضافَ الطلاقَ إلى النِّكاحِ وقَع عَقِيبَ النِّكاحِ؛ مثلَ أن يقولَ: إنْ تزوَّجتُك فأنتِ طالقٌ، أو كلُّ امرأةٍ أتزوَّجُها فهي طالقٌ.

وهو قولُ عمرَ، وابنِ مسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا[3]، وقال الشافعيُّ: لا يَصِحُّ[4].

لنا: أنَّ الطلاقَ يَصِحُّ تعليقُه بالشرطِ[5]، فصَحَّ أن يُضافَ[6] إلى المِلْكِ[7] كالنَّذْرِ، ولأنَّه أضافَ الطلاقَ إلى وقتٍ يملِكُ إيقاعَ الطلاقِ فيه في الظاهرِ،

---

(١) في (ي): «معها».
(٢) في (ع): «يستبين».
(٣) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١١٤٦٨، ١١٤٧٤)، و«سنن سعيد» (١٠٤٢، ١٠٤٣-الأعظمي)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٨١٤٣).
(٤) ينظر: «الحاوي» (١٠/ ٢٥)، و«نهاية المطلب» (١٣/ ٣٢٢)، و«البيان» (١٠/ ٦٦).
(٥) في (أ، ر، ش، ع، ل، م): «بالشروط».
(٦) في (ع): «تضاف».
(٧) بعده في (ي): «فصح».



وهو ممن له قولٌ صحيحٌ، فوجَب أن ينعقِدَ[1] طلاقُه، كما لو قال لزوجتِه: أنتِ طالقٌ رأسَ الشهرِ.

فإن قيل: روِي عن النبيِّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «لا طلاقَ قبلَ نكاحٍ»[2].

قيل له: ذكَر ابنُ المدينيِّ، وابنُ أبي شيبةَ: أنَّه لا أصلَ له. ولو ثبَت الخبرُ لم يَكُنْ فيه دليلٌ؛ لأنه يَقْتضِي نفيَ وقوعِ الطلاقِ قبلَ النكاحِ، وبذلك نقولُ، وإنما عندَنا قد عقَد على الطلاقِ قبلَ النكاحِ ولم يُطَلِّقْ قبلَه، وإنما طلَّق بعدَه، والخبرُ لا ينفِي ذلك.

يُبَيِّنُ صِحَّةَ ما قلناه: ما روِي: «أنَّ الزهريَّ، ومكحولًا تأوَّلا الخبرَ على رجلٍ أراد أن يتزوَّجَ امرأةً، فقال: أنتِ طالقٌ، ثُمَّ تزوَّجها»[3]، وهذا صحيحٌ؛ لأنَّ الطلاقَ وهو الإيقاعُ، فأمَّا المُعلَّقُ بالشرطِ فلا يتناولُه حقيقةُ الاسمِ، فلا يُصرَفُ الكلامُ إليه إلا بدليلٍ.

قال: وإذا أضافَه إلى شرطٍ وقَع عَقِيبَ الشرطِ؛ مثلَ أن يقولَ لامرأتِه: إنْ دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ.

---

(١) في (س، ي): «يعقد».

(٢) الحديث مروي عن جماعة من الصحابة منهم: جابر، وابن عمر، وابن عباس، ومعاذ، وعائشة. ينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٢٢٠، ١٢٢٢، ١٣١٢)، و«علل الدارقطني» مسألة (٢٩٢، ٩٨٣، ٣٨١٦)، و«نصب الراية» (٣/ ٢٣٠-٢٣٣)، و«البدر المنير» (٨/ ٨٨-٩٦)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٢١٠-٢١٢).

(٣) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١١٤٧٥)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٨١٤٩)، و«مشكل الآثار» (٢/ ١٣٥)، و«نصب الراية» (٣/ ٢٣٣).



وذلك لأنَّه إذا علَّق الطلاقَ بالشرطِ فهو بمنزلةِ المُتكلِّمِ بالجوابِ عندَ وُجودِ الشرطِ مِن طريقِ الحكمِ.

الدليلُ عليه: أنَّ ما تكلَّم به يَثبُتُ حكمُه عَقِيبَ الشرطِ بالقولِ المُتقدِّمِ، فوجَب اعتبارُه في ذلك الوقتِ.

فإن قيل: لو قال الصحيحُ لامرأتِه: إنْ دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، ثُمَّ جُنَّ فدخلتِ الدارَ وقَع طلاقُه، وإنْ كان لو ابتدأ الطلاقَ[1] في هذا الحالِ لم يقعْ.

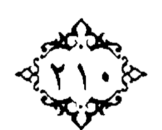
قيل له: إنما جعَلْناه كالمُتكلِّمِ في ذلك الحالِ مِن طريقِ الحكمِ، والمجنونُ يقعُ طلاقُه مِن طريقِ الحكمِ بدليلِ عتقِ ذوِي أرحامِه بأنْ يَمْلِكَهم، ووُقوعِ الفرقةِ بينَه وبينَ امرأتِه إذا كان عِنِّينًا فأجَّله القاضي[2] فمَضَتِ المُدَّةُ وهو مجنونٌ، فإنَّه يُفَرَّقُ بينَهما، وهو طلاقٌ مِن طريقِ الحكمِ.

قال: ولا يَصِحُّ إضافةُ الطلاقِ إلا أن يكونَ الحالفُ مالكًا، أو يُضِيفَه إلى مِلْكِه[3]، وإنْ قال لأجنبيةٍ: إنْ دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، ثُمَّ تزوَّجها فدخلتِ الدارَ لم تَطلُقْ.

وقال ابنُ أبي ليلى: يقعُ[4].

وليس بصحيحٍ؛ لأنَّه طلاقٌ لم يُوقِعْه في مِلْكٍ ولا إضافةٍ[5] إلى مِلْكٍ فلا

(١) في (ض، ق، ي): «الكلام».
(٢) في (ي): «الحاكم».
(٣) في (ع): «ملك».
(٤) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص٢١٥)، و«المبسوط» (٦/ ٩٨)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ٢٣٣).
(٥) في (أ، س، ع): «أضافه».



يقعُ به شيءٌ، كما لو قال لأجنبيةٍ: أنتِ طالقٌ.

فإن قيل: المُعلَّقُ بالشرطِ كالمُوقَعِ عَقِيبَه، فكأنَّه قال حينَ دخلتِ الدارَ: أنتِ طالقٌ[1].

قيل له: هو كذلك إذا صَحَّ التعليقُ، وخلافُنا[2] في ذلك.

قال: وألفاظُ الشرطِ[3]: إنْ، وإذا، وإذا ما، ومتى، ومتى ما، وكلٌّ، وكُلّما.

والدليلُ على أنَّها شُروطٌ: أنَّ الأفعالَ تَلِيها، والشرطُ[4] إنما يكونُ شرطًا للفعلِ، وهو مأخوذٌ مِن العلامةِ، فكأنَّه جُعِل الشرطُ علامةً لتعليقِ الحِنْثِ بالفعلِ.

وقد قال أهلُ اللغةِ: إنَّ أصلَ الشروطِ هو: إنْ، وما سِواها داخلٌ عليها؛ ألَا تَرى أنَّ حرفَ إنْ ليس فيه معنى الوقتِ فهو شرطٌ مَحْضٌ، وما سِواها فيه معنى الوقتِ، فهو مُلحَقٌ بها، والشروطُ تَتعلَّقُ بالأفعالِ المُسْتقبَلةِ؛ لأنَّ الشرطَ ما يجوزُ أن يُوجَدَ، ويجوزُ أن لا يُوجَدَ، وهذا لا يكونُ في الماضي، وإنما يكونُ في المستقبلِ، فلذلك اختصَّتِ الشروطُ بالأفعالِ المستقبلةِ[5].

---

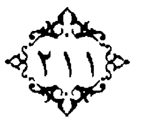
(١) قال في حاشية (ح): «إذا قال: كل امرأة أتزوجها فهي طالق. فتزوج امرأة حنث، وانحلت اليمين في حقها، وبقيت في حق غيرها، فإذا تزوجها بعد ذلك لم يقع لعدم تجدد الاسم، وإذا تزوج غيرها، حنث لبقاء اليمين في حقها، وكذا إذا تزوج أخرى، وأخرى بعد أخرى، إلى ما لا يتناهى. كذا في الزيلعي».

(٢) بعده في (ع): «إنما وقع».

(٣) في (ر): «المشروط».

(٤) في (ي): «المشروط».

(٥) قال في حاشية (ح): «قال لوالديه: إن تزوجت ما دمتما حيين فهي طالق، فتزوج امرأة =



والشروطُ أيضًا تَخْتَصُّ بالأفعالِ دونَ الأسماءِ؛ أَلَا تَرَى أنَّ الأفعالَ هي التي يجوزُ أن يُعقَدَ عليها دونَ الأسماءِ، فيَتعلَّقُ الجزاءُ بِنَفْيِها أو بوُجُودِها، والاسمُ لا يَصِحُّ أن يَتعلَّقَ الجزاءُ به، فلم يَكُنْ مُتعلِّقًا بالشروطِ.

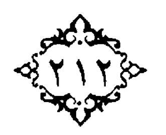
ولهذا قالوا: إنَّ (كلَّ) ليسَتْ بشرطٍ في الحقيقةِ؛ لأنَّ الاسمَ يَلِيها ولا يَلِيها الفعلُ، إلا أنها في معنى الشرطِ فيما عاد ذكرُه مِن الأفعالِ على الأسماءِ التي وقَعتْ عليها (كلٌّ)، فيكونُ ذلك الفعلُ بمعنى الشرطِ؛ مثلَ أن يقولَ: كلُّ عبدٍ أَشْتَرِيه فهو حرٌّ. فيكونُ ذلك بمعنى الصِّفَةِ، فكأنَّه أعتَقَ ضربًا ممن حلَفَ عليه.

وليسَتْ بشرطٍ صحيحٍ؛ لأنَّ الأفعالَ التي يكونُ الجزاءُ مُسْتَحَقًّا بها لا يَلِيها؛ أَلَا تَرَى أنَّه لا يقولُ: كلٌّ دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، كما يقولُ: إنْ دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ. فأمَّا بَقِيَّةُ الألفاظِ فهي شروطٌ في الحقيقةِ؛ أَلَا تَرَى أنَّ الفعلَ[1] يَلِيها يقولُ: إنْ دخلتَ الدارَ فأنتَ حرٌّ، وأنتَ حرٌّ إن دخلتَ الدارَ. فيَلِيها الفعلُ تقدَّم الجزاءُ أو تأخَّر.

قال: وهذه الشروطُ كلُّها إذا وجِد الشرطُ انحلَّتِ اليمينُ إلا في (كلّما)؛ فإنَّ الطلاقَ يَتكرَّرُ بتكرُّرِ الشرطِ حتى يقعَ ثلاثُ تطليقاتٍ، فإنْ تزوَّجها بعدَ ذلك وتكرَّر الشرطُ لم يقعْ شيءٌ.

طلقت، ثُمَّ تزوج أخرى في حياتهما قال: لا تطلق الثانية، واليمين وقعت على أول امرأة، ولو قال: كل امرأة، تقع على كل امرأة ما داما حيين، وإن مات أحدهما، وعن محمد بن الحسن أنه قال: إذا مات أحدهما سقط يمينه وهو القياس، هذا قول أبي يوسف. ولوالجي. نوازل. قال في المحيط: وهو الصحيح؛ لأن شرط الحنث الزواج في حياتهما ولم يوجد».

(١) في (ع): «الفعلة».



والأصلُ في هذا أنَّ (كلَّما) تفيدُ التَّكرارَ، الدليلُ عليه قولُه تعالى: ﴿كُلَّمَا نَضِجَتْ جُلُودُهُم بَدَّلْنَهُمْ جُلُودًا غَيْرَهَا﴾ [النساء:٥٦]، وقولُه تعالى: ﴿كُلَّمَآ أَوْقَدُواْ نَارًا لِّلْحَرْبِ أَطْفَأَهَا ٱللَّهُ﴾ [المائدة:٦٤] وقد فهِم منه التَّكرارُ، ولأنَّ (كلَّما) فيها معنى الجمعِ، فتجمعُ الأفعالَ كلَّها، ويصيرُ كلُّ فعلٍ معقودًا[1] عليه، فيَتعلَّقُ الحِنْثُ بالثاني كما تعلَّق بالأولِ.

وما سِوى (كلَّما) مِن الشروطِ لا يفيدُ الجمعَ، وإنما ينعقِدُ على جنسِ الفعلِ، فاعْتُبِر فيها جنسُ الفعلِ.

وأمَّا (كلُّ) فقد بيَّنَّا أنَّها ليسَتْ بشرطٍ مَحْضٍ، وأنَّ الاسمَ يَلِيها، فهي تجمعُ الأسماءَ ولا تُكرِّرُ الأفعالَ، فيَتكرَّرُ الحنثُ فيها بتكرُّرِ الاسمِ الذي دخَلتْ عليه، كما يَتكرَّرُ الحنثُ في (كلَّما) بتكْرارِ الفعلِ الذي دخَلتْ عليه.

فإذا ثبَت هذا، قلنا: إذا وُجِد الشرطُ حنِث؛ لأنَّه عقدٌ على جنسِ الفعلِ دونَ عددِه، فإذا وجِد تعلَّق به الجزاءُ وليس في لفظِه ما يُفِيدُ التَّكرارَ فانحَلَّتِ اليمينُ، فإذا عاد الفعلُ ثانيًا فقد وُجِد ولا يمينَ عليه[2] فلم يَتعلَّقْ به حنثٌ.

فأمَّا (كلما) فإنَّها تُفِيدُ التَّكرارَ، فيصيرُ كلُّ فعلٍ معقودًا عليه، فيَتكرَّرُ الحنثُ بتكرارِ الشرطِ حتى يستوفيَ طلاقَ المِلْكِ الذي حلَف عليها، فإنْ تزوَّجها بعدَ زوجٍ، ثُمَّ وُجِد الشرطُ لم يحنَثْ[3]؛ لأنَّ ذلك الطلاقَ لم يَكُنْ في مِلْكِه يومَ

(١) في (ع): «معقود».

(٢) ليس في: (أ، ح، ش، ع، م).

(٣) قال في حاشية (ح): «وكذلك إذا قال: إن دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا، ثُمَّ نجزها فقال: أنت طالق ثلاثًا فتزوجت بزوج آخر، ثُمَّ عادت إليه فدخلت الدار لم تطلق عندنا. شرح الجمع للمصنف».



حلَف، ولا أضافَ يمينَه إليه، ولا هو تابعٌ لِما كان في مِلْكِه حينَ حلَف، فلم يَتعلَّقْ به اليمينُ.

قال: وزوالُ المِلْكِ بعدَ اليمينِ لا يُبطِلُها.

وذلك لأنَّ اليمينَ تَصِحُّ مع عدمِ المِلْكِ ابتداءً؛ فلَأنْ تَصِحَّ حالَ البقاءِ أولَى.

قال: فإنْ وُجِدَ الشرطُ في مِلْكٍ انحلَّتِ اليمينُ ووقَع الطلاقُ، وإنْ وجِد في غيرِ مِلْكٍ انحلَّتِ اليمينُ ولم يقعْ شيءٌ.

وهذا الذي ذكَره مثلَ أن يقولَ لزوجتِه: إنْ دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ. فدخلتِ الدارَ مع بقاءِ الزوجيَّةِ وقَع الطلاقُ، وانحلَّتِ اليمينُ لوجودِ الشرطِ في المِلْكِ، ولو أنَّ الزوجَ طلَّقها قبلَ وُجودِ الشرطِ، وانقَضتْ عِدَّتُها، ثُمَّ دخلتِ الدارَ، فإنَّه لا يقعُ عليها شيءٌ وتَنحَلُّ اليمينُ؛ وذلك لأنَّ اليمينَ مُتعلِّقةٌ بالشرطِ، وقد وجِد فانْحلَّتْ[1]، يُبيِّنُ ذلك أنَّ الحنثَ لا يختَصُّ بالمِلْكِ؛ ألَا ترى أنَّه لو قال لامرأتِه: أنتِ طالقٌ إن دخَل هذا العبدُ الدارَ.

ثم باعَ العبدَ، فدخَل الدارَ وقَع الطلاقُ، وإذا لم يختصَّ الحنثُ بالمِلْكِ انحلَّتِ اليمينُ بوُجُودِ الشرطِ، وإن لم يَكُنْ في مِلْكِه، فأمَّا وُقُوعُ الطلاقِ، فلا يكونُ إلا في مِلْكٍ ولم يُوجَدْ فلم يقعْ.

قال: وإذا اختَلفا في وُجُودِ الشرطِ فالقولُ قولُ الزوجِ فيه إلا أن تُقِيمَ المرأةُ البيِّنَةَ.

(١) بعده في (ع): «اليمين».



وذلك لأنَّ الأصلَ عدمُ الشرطِ، فالظاهرُ أنَّه لم يُوجَدْ ومَن تمسَّك بالظاهرِ كان القولُ قولَه كالمُدَّعَى عليه المالُ إذا أنكَر، فإنْ أقامتِ المرأةُ بَيِّنَةً[1] على ذلك قُبِلتْ؛ لأنَّها تُثْبِتُ[2] بالبَيِّنةِ أمرًا حادثًا، فهو[3] كإقامةِ المُدَّعِي البَيِّنةَ على المالِ.

قال: وإنْ كان الشرطُ لا يُعلَمُ إلا مِن جهتِها فالقولُ قولُها في حقِّ[4] نفسِها؛ مثلَ أن يقولَ: إنْ حِضْتِ فأنتِ طالقٌ. فقالت: قد حِضْتُ. طَلُقتْ.

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ أنْ لا يُقبَلَ قولُها.

وجهُ القياسِ: أنَّ وجودَ الحيضِ شرطٌ في وُقُوعِ الطلاقِ فلا يُقبَلُ قولُها فيه، كما لو كان الشرطُ دخولَ الدارِ فادَّعَتْه.

ووجهُ الاستحسانِ: أنَّ هذا معنًى لا يُعلَمُ إلا مِن جهتِها فكان القولُ قولَها فيه، أصلُه انقضاءُ العِدَّةِ، والمنعُ مِن الوطءِ إذا قالت: أنا حائضٌ.

قال: وإنْ قال: إذا حِضْتِ فأنتِ طالقٌ وفلانةُ. فقالتْ: قد حِضْتُ. طَلَقَتْ هي[5] ولم تَطْلُقْ فلانةُ.

وذلك لِما بيَّنَّا أنَّ القياسَ أنْ لا يُقبَلَ قولُها أيضًا في حقِّ نفسِها، وإنما اسْتَحسَنَّا ذلك لأنَّ قولَها مقبولٌ في حقِّ نفسِها فيما لا يُعلَمُ إلا مِن جهتِها، أصلُه انقضاءُ

(١) في (س، ع): «البينة».

(٢) في (س، ع): «ثبتت».

(٣) في (س): «فهي».

(٤) ليس في: (ج، م).

(٥) من (ي، ونسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٤١).

العِدَّةِ، فأمَّا قبولُه في حقِّ الغيرِ فباقٍ على أصلِ القياسِ، وغيرُ ممتنعٍ أن يُقبَلَ قولُ الإنسانِ في حقِّ نفسِه وإن لم يُقبَلْ في حقِّ غيرِه، كأحدِ الورثةِ إذا أقرَّ بدَيْنٍ على ميتٍ لرجلٍ وكَذَّبه[1] بقيةُ الورثةِ.

قال: وإذا قال لها: إذا حِضْتِ فأنتِ طالقٌ[2]. فرأتِ الدمَ، لم تَطلُقْ حتى يَسْتمِرَّ لها ثلاثةُ أيامٍ، فإذا تَمَّتْ[3] ثلاثةُ أيامٍ حكَمْنا بالطلاقِ حينَ حاضَتْ[4].

وذلك لأنَّ ما تَراه مِن الدمِ لا يُعلَمُ أنَّه حيضٌ بوُجُودِه لجوازِ أن ينقطِعَ قبلَ تمامِ ثلاثةِ أيامٍ[5]، فإذا استمرَّ ثلاثةَ أيامٍ علِمْنا أنَّه حيضٌ، فحكَمْنا بوُقُوعِ الطلاقِ مِن حينِ رأتِ الدمَ.

قال: وإنْ قال لها: إذا حِضْتِ حيضةً فأنتِ طالقٌ. لم تَطْلُقْ حتى تطهُرَ مِن حيضتِها[6].

---

(١) في (ح): «وكل به».

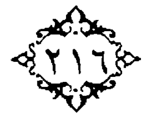
(٢) قال في حاشية (ح): «ولو قال لامرأتيه: إذا حضتما فأنتما طالقان فقالتا: حضنا، لم تطلق واحدة منهما إلا أن يصدِّقهما وإن صدَّق إحداهما وكذَّب الأخرى طلِّقت المكذبة، وإن كنَّ ثلاثًا فقال: إن حضتن فأنتن طوالق، فقلن: حضنا، لم تطلَّق واحدة منهن إلا أن يصدِّقهن، وكذا إن صدَّق واحدة أو ثنتين وإن صدَّق ثلاثًا وكذب واحدة طلِّقت المكذَّبة وحدها دون المصدَّقات».

(٣) في (ي): «ثبت».

(٤) قال في حاشية (ح): «وتظهر ثمرة الإسناد فيما إذا كانت المرأة غير مدخول بها، فتزوجت حين رأت الدم، أو كان المعلق بالحيض عتق عبد، فجنَى العبد [أو] فجُني عليه، بعدما رأت الدم قبل أن يستمر، فإنه يصح نكاحها، ويعتبر في العبد جناية الأحرار. زيلعي». وينظر: «تبيين الحقائق» (٢/ ٢٣٧، ٢٣٨).

(٥) بعده في (ي): «فإذا ثبت ثلاثة أيام حكمنا بالطلاق حين حاضت».

(٦) في (أ، ر، س، ش، ع، ل، م، ي): «حيضها».



وذلك لأنَّ شرطَ الوقوعِ وجودُ الحيضةِ كاملةً، ولا يَتحقَّقُ ذلك إلا بعدَ أن تطهُرَ مِن حيضتِها وليس كذلك في المسألةِ الأُولى؛ لأنَّه جعَل الشرطَ وجودَ الحيضِ، وذلك يكونُ بأوَّلِ ما ترى الدمَ (1إلا أنَّا شرطْنا استمرارَه1) ثلاثةَ أيامٍ؛ ليُعلَمَ أنَّه دمُ حيضٍ، فإذا استمرَّ تبيَّنَّا أنَّه دمُ حيضٍ، فوقَع الطلاقُ مِن(2) حينِ رأتِ الدمَ.

قال: وطلاقُ الأمةِ تطليقتانِ حرًّا كان زوجُها أو عبدًا.

وجملةُ ذلك: أنَّ عندَ أصحابِنا الطلاقَ مُعتبَرٌ بالنساءِ، وكذلك العِدَّةُ(3)، وقال الشافعيُّ رَحِمَهُ اللَّهُ: يُعتبرُ الطلاقُ بالرجالِ، والعِدَّةُ بالنساءِ(4). فيَملِكُ الحرُّ عندَه مِن زوجتِه الأمةِ ثلاثَ تطليقاتٍ.

لنا: ما روَى ابنُ عمرَ وعائشةُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا، أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «طلاقُ الأمةِ تطليقتانِ وعِدَّتُها حيضتانِ»(5). ولأنَّه معنًى يُؤثِّرُ في زوالِ المِلْكِ يختلِفُ

(1-1) في (س): «إذا استمر».

(2) في (أ، ر، س، ش، ع، ل، م، ي): «عليها».

(3) ينظر: «المبسوط» (٦/ ٣٩)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ١٩٦).

(4) ينظر: «الوسيط في المذهب» (٥/ ٤٠٠)، و«البيان» (١٠/ ٧٥).

(5) حديث ابن عمر: أخرجه ابن ماجه (٢٠٧٩)، والدارقطني (٣٩٩٤، ٣٩٩٥) من طريق عمر ابن شبيب المسلي، عن عبد اللَّه بن عيسى بن عبد الرحمن بن أبي ليلى، عن عطية العوفي، عن عبد اللَّه بن عمر. قال الدارقطني: «تفرَّد به عمر بن شبيب مرفوعًا، وكان ضعيفًا، والصحيح عن ابن عمر ما رواه سالم ونافع، عنه، من قوله».

وحديث عائشة: أخرجه أبو داود (٢١٨٩)، والترمذي (١١٨٢)، وابن ماجه (٢٠٨٠) من طريق مظاهر بن أسلم، عن القاسم بن محمد، عن عائشة. قال أبو داود: «وهو حديث مجهول».

وقال الترمذي: «حديث عائشة حديث غريب، لا نعرفه مرفوعًا إلا من حديث مظاهر بن =



بالرِّقِّ والحريةِ، فأثَّر فيه رِقُّ المرأةِ[1]، أصلُه العِدَّةُ.

فإن قيل روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «الطلاقُ بالرجالِ والعِدَّةُ بالنساءِ»[2].

قيل له: هذا خبرٌ لا يُعرَفُ في كتابٍ، ولم يَذكُرْه إلا القُتَيبيُّ في «رسالتِه»[3]، وقد ذكَر فيها أخبارًا[4] أنكَرها أصحابُ الحديثِ، ولو ثبَت مع بُعدِ[5] ثُبُوتِه احتَمل الطلاقَ بالرجالِ، أي: وُقُوعَ الطلاقِ بفعلِ[6] الرجالِ لا بفعلِ[7] النساءِ، كما كانتِ الجاهليةُ تصنعُ إذا كرهتِ المرأةُ الرجلَ غيَّرتِ البيتَ، فكان ذلك [8]طلاقَها منه[8]، وقد روِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه قال: «السُّنَّةُ بالنساءِ في الطلاقِ والعِدَّةِ»[9].

أسلم، ومظاهر لا نعرف له في العلم غير هذا الحديث».

(١) في (ض، ي): «الأمة».

(٢) قال الدارقطني في «العلل» مسألة (٨١٦): «يرويه أشعث بن سوار واختلف عنه؛ فرواه عبد اللَّه بن الأجلح، عن أشعث، عن الشعبي، عن عبد اللَّه بن عتبة، عن ابن مسعود كذلك رفعه..». وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٧٠): «لم أجده مرفوعًا، وأخرجه ابن أبي شيبة (١٨٥٦٠) عن ابن عباس بإسناد صحيح، وأخرجه الطبراني (٩٦٧٩) عن ابن مسعود موقوفًا، وأخرجه عبد الرزاق (١٢٩٤٦، ١٢٩٥٠) موقوفًا أيضًا على عثمان بن عفان، وزيد بن ثابت، وابن عباس».

(٣) ينظر: «أدب الكاتب» (ص١٣).

(٤) في (أ، س، ض، ع): «أخبار».

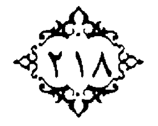
(٥) في (ي): «هذا يكون في».

(٦) في (س، ض، ق، ي): «بقول».

(٧) في (ي): «بقول».

(٨-٨) في (ر): «طلاقها»، وفي (أ، ح، س، ش، ع، ق، ل، م): «طلاقًا منها».

(٩) أخرجه أحمد في «العلل ومعرفة الرجال» (٢٤١١)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (٧/ ٤٦٤).



قال: وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه قبلَ الدُّخولِ ثلاثًا وقَعْنَ عليها.

وقال الحسنُ البصريُّ: تَبِينُ بقولِه: أنتِ طالقٌ. ويَلْغُو قولُه: ثلاثًا.

لنا: أنَّ الكلامَ موقوفٌ على آخرِه لجوازِ أن يُعلِّقَه[1] بشرطٍ أو يُدخِلَ[2] عليه استثناءً، وإذا وقِف على آخرِه صار جملةً واحدةً، فلا يقعُ بعضُه دونَ بعضٍ.

ووجهُ قولِ الحسنِ: أنَّ قولَه: أنتِ طالقٌ. يقعُ به البينونةُ؛ لأنَّه (٣يسبِقُ في٣) اللفظِ، فيَسبِقُ في الوُقُوعِ، فلا يقعُ ما بعدَه، كما لو قال: أنتِ طالقٌ طالقٌ.

وهذا الذي ذكَره لا يصِحُّ؛ لأنَّ قولَه: أنتِ طالقٌ ثلاثًا. كلمةٌ واحدةٌ؛ ألَا تَرى أنَّه لا يقدِرُ أن يَتكلَّمَ بها إلا على هذا الوجهِ، والكلمةُ الواحدةُ لا تَتبعَّضُ[4] في الإيقاعِ.

قال: فإنْ فَرَّق الطلاقَ عليها[5] بانَتْ بالأُولَى ولم تقَعِ الثانيةُ.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ إذا لم يُعلِّقْه بشرطٍ؛ لأنَّ الأولَ منه (٦يَسبِقُ في٦) الوُقُوعِ فتَبِينُ به؛ لأنَّ التي لم يَدخُلْ بها لا عِدَّةَ عليها، فيُصادِفُها[7] الطلاقُ الثاني، وهي أجنبيَّةٌ فلا يقعُ.

(١) في (أ، س، ع): «تعلقه».
(٢) في (أ): «تدخل».
(٣-٣) في (أ، ض، ع): «يستوفي».
(٤) في (ي): «ينتفض».
(٥) ليس في (ش، ض، ي، نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٤٢).
(٦-٦) في (أ، ع): «يستوفي».
(٧) في (ح): «فيصاد».



قال: وإنْ قال: أنتِ طالقٌ واحدةً واحدةً. وقَعتْ عليها واحدةٌ.

وذلك لِما بيَّـنَّا أنَّ الأُولى (١تَسبِقُ في١) الوقوعِ فتَبِينُ بها، فتُصادِفُها الثانيةُ، وهي أجنبيَّةٌ فلا يقعُ.

قال: وإنْ قال لها: أنتِ طالقٌ واحدةً قبلَ واحدةٍ. وقَعتْ واحدةٌ، وإنْ قال: واحدةً قبلَها واحدةٌ. وقَعتْ ثِنْتانِ[٢].

وهذا الذي ذكَره مبنيٌّ على أصلَيْن:

أحدُهما: أنَّه متى كان الملفوظُ به أولًا مُوقَعًا أولًا وقَعتْ واحدةٌ، وإن كان الملفوظُ به أولًا مُوقَعًا أخيرًا وقَعتِ اثنتانِ[٣]، وإنما كان كذلك؛ لأنَّ الملفوظَ به أولًا إذا كان مُوقَعًا أولًا يَسبِقُ[٤] في الوقوعِ فتَبِينُ به، ووجِد الثاني وهي أجنبيَّةٌ فلا يقعُ، وإذا كان الملفوظُ به أولًا مُوقَعًا أخيرًا لم يسبقْ في الوقوعِ، فوقَع الكلامانِ معًا.

والأصلُ الثاني: أنَّ الإنسانَ لا يملِكُ إيقاعَ الطلاقِ في زمانٍ ماضٍ؛ لأنَّ الطلاقَ وضِع لرفعِ الاستباحةِ، وما مضَى مِن الاستباحةِ لا يُمكِنُ رفعُها.

وإذا ثبَت هذا قلنا: إذا وقَع الطلاقُ في زمانٍ مُتقدِّمٍ اعتُبِرتِ الحالُ، فإنْ كانتِ المرأةُ في الحالِ يجوزُ أن يُوصَفَ بالطلاقِ الذي أوقَعه عليها في الوقتِ

(١-١) في (أ، ع): «يستوفي».

(٢) في (أ، س، ع، م): «ثنتين».

(٣) في (أ، س، ع): «اثنتين».

(٤) في (أ، س، ع، ي): «سبق».



المُتقدِّمِ وقَع عليها في الحالِ، وهذا كمَن قال لامرأتِه وقد تزوَّجها أولَ أمسِ: أنتِ طالقٌ أمسِ. فإنَّ الطلاقَ يقعُ عليها في الحالِ؛ لأنَّها في الحالِ ممن يَصِحُّ أن تُوصَفَ بذلك الطلاقِ، فيقعُ وتَبطُلُ الإضافةُ إلى ما تقدَّم.

وأمَّا إنْ كانَتْ في الحالِ لا تُوصَفُ بما أوقَعه عليها في ذلك الوقتِ بطَل الكلامُ، وهذا كمَن قال لامرأتِه: أنتِ طالقٌ أمسِ. وقد تزوَّجها اليومَ لم يقَعْ عليها شيءٌ؛ لأنَّ إضافةَ الطلاقِ إلى ما مضَى لا[1] تَصِحُّ، وهي في الحالِ لا تُوصَفُ بطلاقٍ أوقَعه[2] أمسِ، فلَغا الكلامُ ولم يقَعْ.

وإذا ثبَت هذا قلنا: إذا قال: أنتِ طالقٌ واحدةً قبلَ واحدةٍ. وقَعتْ واحدةٌ؛ لأنَّ الملفوظَ به أولًا هو[3] المُوقَعُ أولًا، وإذا قال[4]: قبلَها واحدةٌ. وقَعتِ اثنتَيْن؛ لأنَّ الملفوظَ به أولًا مُوقَعٌ آخِرًا[5]، فاقتضَى اللفظُ وُقُوعَ تطليقةٍ في الحالِ ووُقُوعَ أخرَى قبلَها، وهو لا يملِكُ إيقاعَ طلاقٍ مُتقدِّمٍ، فيَقَعانِ معًا.

قال: وإنْ قال: واحدةً بعدَها واحدةٌ. فهي واحدةٌ.

وذلك لأنَّ الملفوظَ به أولًا مُوقَعٌ أولًا [6]فسبَق في[6] الوُقُوعِ، وصادَفتْها الثانيةُ وهي أجنبيةٌ.

---

(١) في (أ): «لم».

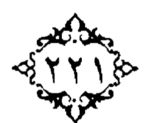
(٢) بعده في (ي): «عليها».

(٣) ليس في(س).

(٤) بعده في (س): «أنت طالق».

(٥) في (أ، س، ع): «أخير».

(٦-٦) في (ع): «فيستوفي».



قال: وإنْ قال: واحدةً بعدَ واحدةٍ. وقَعتِ اثنتانِ[1].

لأنَّ الملفوظَ به أولًا مُوقَعٌ أخيرًا.

قال: وإنْ قال: مع واحدةٍ، أو معها واحدةٌ، وقعتْ ثِنْتَيْن.

وذلك لأنَّ (مع) حرفُ مقارنةٍ، فيَقْتضِي وُقُوعَ الطلاقِ معًا، وقد روِي عن أبي يوسفَ في قولِه: معها واحدةٌ. أنَّه يقعُ واحدةٌ، قال: لأنَّ الكنايةَ تَقْتضِي تقديمَ تطليقةٍ[2]، فتَسْبقُ أحدُهما فتقعُ، ولا تقعُ الثانيةُ[3].

قال: وإذا قال لها: إن دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ واحدةً وواحدةً. فدخَلتْ وقَع عليها واحدةٌ عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يقعُ جميعُ ذلك[4].

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ الطلاقَ المُعلَّقَ بالشرطِ كالمذكورِ عندَ وُجُودِ الشرطِ، فكأنَّه قال لها بعدَ دُخُولِ الدارِ: أنتِ طالقٌ واحدةً وواحدةً. فتقعُ الأُولى وتُصادِفُها الثانيةُ وهي أجنبيَّةٌ فلا يقعُ.

ولا يُشبِهُ هذا إذا أخَّر الشرطَ فقال: أنتِ طالقٌ واحدةً، وواحدةً إنْ دخلتِ الدارَ. لأنَّ جميعَ التَّطليقاتِ وقفٌ[5] على الشرطِ، وتعلَّق به كلُّ تطليقةٍ كتَعَلُّقِ

---

(١) في (أ، ح، س، ع، ق، ل، م): «ثنتين».

(٢) بعده في (س): «على تطليقة».

(٣) ينظر: «الهداية» (١/ ٢٤٠)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ٢١٤).

(٤) ينظر: «الهداية» (١/ ٢٤١)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ٢١٤).

(٥) في (ي): «وقفن».



الأُخرَى، فإذا وُجِد الشرطُ وقَعْنَ معًا، فكأنَّه كرَّر لفظَ الشرطِ عندَ كلِّ تطليقةٍ.

وجهُ قولِهما: أنَّ (الواوَ) للجمعِ، فكأنَّه قال: إنْ دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ اثنتَيْن.

هذا إذا كانتِ المرأةُ غيرَ مدخولٍ بها، فإنْ كان قد دخَل بها وقَع عليها جميعُ ذلك في قولِهم قدَّم الشرطَ أو أخَّره، وهذا ظاهرٌ على قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ.

فأمَّا على قولِ أبي حنيفةَ فلا شُبْهةَ فيه أيضًا إذا أخَّر الشرطَ، فأمَّا إذا قدَّم الشرطَ، فقال: إنْ دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ واحدةً وواحدةً. فدخَلتْ وقَع عليها الأُولى، وتُصادِفُها الثانيةُ وهي في العِدَّةِ فيقعُ عليها؛ لأنَّ المُعْتدَّةَ يقعُ عليها الطلاقُ.

وأمَّا إذا قال: إنْ دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ، ثم[1] طالقٌ، [2]ثم طالقٌ[2]. تعلَّق الطلاقُ الأوَّلُ بالدُّخولِ خاصةً، فإنْ كانَتْ مدخولًا بها وقَعتْ عليها الثانيةُ والثالثةُ في الحالِ، فإنْ دخلتِ الدارَ وهي في العِدَّةِ أو بعدَ ما راجَعها وقَعتِ الأُولى أيضًا، وإنْ كانَتْ غيرَ مدخولٍ بها وقَعتْ عليها الثانيةُ حينَ تكلَّم بها، ولم تقعِ الثالثةُ؛ لأنَّه تكلَّم بها وهي بائنٌ، فأمَّا الأُولى فإنْ دخلتِ الدارَ بعدَ أن تزوَّج بها، ولم تَكُنْ دخَلتْ قبلَ ذلك حَنِثَ وبانَتْ بها، هذا كلُّه قولُ أبي حنيفةَ.

[3]وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ[3]: إنْ كان قد دخَل بها وقَع[4] عليها ثلاثُ تطليقاتٍ، وإن لم [5]يَكُنْ دخَل[5] بها وقَعتْ عليها واحدةٌ.

---

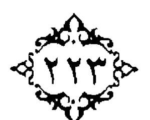
(١) بعده في (أ، ع): «قال».

(٢-٢) ليس في (ح).

(٣-٣) في (س): «وعندهما».

(٤) في (س): «فيقع».

(٥-٥) في (ي): «يدخل». وينظر: «الهداية» (١/ ٢٤١)، و«العناية» (٤/ ٥٨).



وجهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّ (ثمَّ) للتراخِي، فإذا قال: إنْ دخلتِ الدارَ فأنتِ طالقٌ. انعقَدتْ يمينُه، فإذا قال: ثم طالقٌ. تراخَى الكلامُ عن الأوَّلِ فكأنَّه سكَت، ثُمَّ قال بعدُ فلا يَتعلَّقُ بالشرطِ ويقعُ في الحالِ، والمُعلَّقُ بالشرطِ كالمذكورِ عندَ وُجودِه.

وجهُ قولِهما: أنَّ (ثمَّ) حرفُ عطفٍ فهو كالواوِ، ويَتعلَّقُ الجميعُ بالشرطِ، (١والمُعلَّقُ بالشرطِ كالمذكورِ عندَ وُجودِه١).

قال: وإن قال لها: أنتِ طالقٌ بمكةَ. فهي طالقٌ (٢في الحالِ٢) في كلِّ البلادِ، وكذلك: أنتِ طالقٌ في الدارِ.

وذلك لأنَّه لم يُعَلِّقْ طلاقَها بشرطٍ، وإنما خَصَّ طلاقَها بمكانٍ، والطلاقُ لا يختَصُّ بمكانٍ دونَ مكانٍ، والمُطلَّقةُ في مكانٍ مُطلَّقةٌ في كلِّ مكانٍ، وإذا لم يختصَّ بالمكانِ الذي ذكَره وقَع في الحالِ.

وقد قالوا: لو قال: أردتُ: إذا أتيتِ مكةَ. لم يُصَدَّقْ في القضاءِ؛ لأنَّه يَدَّعِي خلافَ الظاهرِ، ويُصَدَّقُ فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى؛ لأنَّه نوَى ما يحتمِلُه[٣] كلامُه.

قال: ولو قال[٤]: أنتِ طالقٌ إذا دخلتِ مَكَّةَ. لم تَطلُقْ حتى تَدخُلَ مكةَ[٥].

(١-١) ليس في (أ، س، ع).

(٢-٢) ليس في (أ، ر، ش، ع، ق، م، ونسخة مختصر القدوري).

(٣) في (أ، س، ع): «يحتمل».

(٤) بعده في (س): «لها».

(٥) ليس في (ح، س، م).



وذلك لأنَّه علَّق طلاقَها بشرطٍ وهو الدُّخولُ، فلا يقعُ قبلَ وُجُودِ[1] الشرطِ.

قال: وإذا قال: أنتِ طالقٌ غدًا. وقَع الطلاقُ عليها بطُلُوعِ الفجرِ.

وذلك لأنَّه وصَفها بالطلاقِ في جميعِ الغدِ، ولا يكونُ كذلك إلا أن يقعَ الطلاقُ في أولِ جزءٍ مِن الغدِ[2].

ولو قال: أنتِ طالقٌ في غدٍ. ونوَى[3] آخرَ النهارِ صُدِّقَ في قولِ أبي حنيفةَ، وزُفَرَ[4].

[5]وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ[5]: لا يُصَدَّقُ.

وجهُ قولِ أبي حنيفةَ، وزُفَرَ: أنَّه جعَل الغدَ ظرفًا لوُقُوعِ الطلاقِ، وجميعُه لا يكونُ ظرفًا وإنما الظرفُ جزءٌ منه، فكأنَّه قال: أنتِ طالقٌ في جزءٍ مِن الغدِ. فيُصَدَّقُ فيه، ولا يُشبِهُ هذا إذا قال: أنتِ طالقٌ غدًا. لأنَّه وصَفها بالطلاقِ في جميعِ الغدِ، فلم يُصَدَّقْ في صرفِه عن جزءٍ منه، وفي مسألتِنا أوقَع الطلاقَ في جزءٍ منه، فيُصَدَّقُ فيما يَدَّعِي أنَّه أراده مِن أجزاءِ الغدِ.

وجهُ قولِهما: أنَّه لو أطلَق الكلامَ وقَع الطلاقُ بأوَّلِ جزءٍ منه، فدَلَّ أنَّه هو الظاهرُ، فلا يُصَدَّقُ في صرفِه إلى غيرِه.

---

(١) من هنا بداية خرم في (ش).

(٢) بعده في (ح): «وذلك بطُلُوعِ الفجرِ».

(٣) بعده في (ي): «بها».

(٤) ينظر: «الأصل» (٤/ ٤٨٩)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٨٧)، و«النتف» (١/ ٣٤٦)، و«المبسوط» (٦/ ١١٥)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٣٤)، و«الهداية» (١/ ٢٣٤).

(٥-٥) في (س): «وعندهما».



قال: وإذا قال لامرأته: اختاري[1]. يَنْوِي بذلك الطلاقَ، أو قال لها: طَلِّقي نفسَك. فلها أن تُطَلِّقَ نفسَها ما دامَتْ في مجلسِها ذلك.

والأصلُ في هذا أن الزوجَ يملِكُ إيقاعَ الطلاقِ، فملَك أن يُفوِّضَه إلى غيرِه كالبيعِ، ولأنَّ القياسَ عندَهم أنْ[2] لا يقعَ الطلاقُ بقولِه: اختاري. لأنَّ الزوجَ لا يملِكُ إيقاعَ الطلاقِ بهذا اللفظِ، فلا يجوزُ أن يُفَوِّضَ [3]إليها به[3]، وإنما تركوا القياسَ لِما روِي: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ خيَّر نساءَه»[4]، فلو كان التَّخْييرُ لا تقعُ به الفرقةُ لم يَكُنْ له معنًى، ولأنَّ الصحابةَ أجمَعتْ على أنَّ المُخَيَّرةَ إذا اختارَتْ[5] في مجلسِها وقَع الطلاقُ، وشَبَّهوا اختيارَها[6] بالخيارِ الطارئِ على النِّكاحِ، وهو خيارُ المُعْتَقةِ وامرأةِ العِنِّينِ.

وإذا قال لها: اخْتارِي. أو: أمرُك بيدِك. لا يقعُ به شيءٌ إلا أن ينويَ الزوجُ به الطلاقَ؛ لأنَّه لفظٌ مُحتمِلٌ، واللفظُ المحتمِلُ لا يقعُ به الطلاقُ إلا بالنِّيَّةِ.

وأمَّا قولُه: فلها أن تُطَلِّقَ نفسَها ما دامَتْ في مجلسِها.

والأصلُ فيه ما روِي عن عمرَ، وعليٍّ، وعثمانَ، وابنِ مسعودٍ، وجابرٍ، وعبدِ اللَّهِ بنِ عمرَ، وعائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنَّهم قالوا: ....

(١) بعده في (ي): «نفسَك».

(٢) في (ح): «أنه».

(٣-٣) في (ي): «لها».

(٤) أخرجه البخاري (٥٢٦٢)، ومسلم (١٤٧٧) من حديث عائشة.

(٥) بعده في (ح): «نفسَها».

(٦) في (أ، ع): «خيارها».



«هو[1] على المجلسِ»[2]. ولأنَّه مَلَّكَها الطلاقَ، والتَّمليكُ يقِفُ على المجلسِ، أصلُه خيارُ القبولِ في البيعِ.

هـذا كلُّه إذا علِمتْ في المجلسِ، فإنْ كانَتْ غائبةً ولم تعلَمْ ما جُعِل إليها فهو على وجهَيْن: إنْ أطلَق ذلك فهو على المجلسِ الذي تعلَمُ[3] فيه، وذلك لأنَّه لم يَخُصَّ[4] التَّفويضَ بوقتٍ دونَ وقتٍ، فإذا علِمتْ فكأنَّه فَوَّضَ إليها في ذلك الوقتِ، فيَقِفُ على المجلسِ.

وأمَّا إذا كان جعَل الأمرَ إليها موقتًا بوقتٍ، فإنْ بلَغها مع بقاءِ[5] شيءٍ مِن الوقتِ فلها الخيارُ في بقيَّةِ الوقتِ، وإنْ مضَى الوقتُ قبلَ أن تعلَمَ بطَل ما جعَل إليها بمُضِيِّ الوقتِ.

وقد قالوا: ليس للزوجِ أن يرجِعَ عن ذلك، ولا يَصِحُّ فسخُه.

وقال الشافعيُّ: له أن يرجِعَ[6].

لنا: أنَّه خيارٌ طارئٌ على النِّكاحِ، فلا يملِكُ الزوجُ إبطالَه، أصلُه خيارُ المُعْتَقةِ، ولأنَّه عَلَّقَ الطَّلاقَ بفعلِها، فلم يملِكْ إبطالَه كما لو عَلَّقَه بدُخولِ الدارِ.

---

(١) في (ح): «هذا».

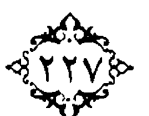
(٢) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١١٩٢٩، ١١٩٣٥، ١١٩٣٨، ١١٩٤٢)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٨٤١٦، ١٨٤١٧، ١٨٤١٨، ١٨٤٣٠)، و«الأوسط» لابن المنذر (٩/ ٢٠٨-٢٠٩).

(٣) في (س، ع): «يعلم».

(٤) في (ر، س): «يختص»، وفي (ي): «يجعل».

(٥) ليس في (ي).

(٦) ينظر: «الأم» (٥/ ١٤٩)، و«الحاوي» (٩/ ٥٠٦)، و«بحر المذهب» (٩/ ٤٨٤، ٤٨٥).



فإن قيل: فَوَّضَ إليها الطلاقَ، فملَكَ إبطالَه كما لو فَوَّضَه إلى أجنبيٍّ.

قيل له: إنْ فَوَّضَه إلى أجنبيٍّ على وجهِ التمليكِ لم يَصِحَّ الرُّجوعُ عنه كما لو مَلَّكَه[1] المرأةَ، وإنْ فَوَّضَه إلى أجنبيٍّ على طريقِ التوكيلِ[2] جاز أن يرجِعَ عنه، وذلك لا يُتصَوَّرُ في حقِّ المرأةِ؛ لأنَّها لا تكونُ وكيلةً في حُقُوقِها، وإنما تكونُ مُمَلَّكَةً.

قال: فإنْ قامَتْ مِن مجلسِها، أو أخذتْ في عملٍ آخرَ، خرَجَ الأمرُ مِن يدِها.

وذلك لأنَّ القيامَ إعراضٌ عما جُعِلَ إليها، فصار كرَدِّها.

قال: وإذا اختارَتْ نفسَها في قولِه: اخْتارِي. كانَتْ واحدةً بائنةً.

وذلك لأنَّه خيارٌ طارئٌ على النِّكاحِ، فوقَعتْ به البينونةُ كخيارِ المُعْتَقةِ.

قال: ولا يكونُ ثلاثًا، وإنْ نوَى الزوجُ ذلك.

لأنَّه خيارٌ طارئٌ على النكاحِ، فلا يَتضمَّنُ العددَ كخيارِ المُعْتَقةِ، ولأنَّ القياسَ أن لا يقعَ بلفظِ التَّخْييرِ شيءٌ، وإنما تركْنا القياسَ للإجماعِ على وُقُوعِ الواحدةِ، فما سِواه على أصلِ القياسِ[3].

قال: ولا بُدَّ مِن ذكرِ النفسِ في كلامِها، أو في كلامِه.

---

(١) في (أ، ر، س، ع، ل، م، ي): «ملك».

(٢) في (ر، ع): «التوكل».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٥٢)، و«التجريد» (١٠/ ٤٨٨٣، ٤٨٨٧)، و«المبسوط» (٦/ ١٣٧)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١١٨، ١١٩).



وذلك لأنَّه إذا قال: اخْتارِي. فقالت: قدِ اختَرتُ. فليس للتَّخْييرِ ولا للاختيارِ تَخصيصٌ بها فلا يقعُ به الطلاقُ، فأمَّا إذا كانتِ النفسُ مذكورةً، فقال: اخْتارِي نفسَك. أو قالَتْ هي: قد اخْتَرتُ نفسِي. فقد تخصَّص الاختيارُ بها، فوقَع الطلاقُ.

قال: وإنْ طَلَّقتْ نفسَها في قولِه: طَلِّقي نفسَك. فهي واحدةٌ رجعيَّةٌ.

وذلك لأنَّه طلاقٌ مُوقَعٌ بلفظِ الصَّريحِ[1]، فلا يُوجِبُ البينونةَ بنفسِه، كما لو قال: أنتِ طالقٌ.

قال: فإنْ طَلَّقتْ نفسَها ثلاثًا، وقد أرادَ الزَّوجُ ذلك وقَعْنَ عليها.

وذلك لأنَّه فوَّض إليها الطلاقَ تفويضًا عامًّا، فيتناولُ الواحدةَ والثلاثَ، فإذا أراد الزَّوجُ الثلاثَ وقَعْنَ[2]؛ لأنَّ الأمرَ وإنْ لم يَتضمَّنِ العددَ بإطلاقِه فإنَّه يحتمِلُه.

وأمَّا: أمرُك بيدِك. فإنَّه يقعُ به واحدةٌ بائنةٌ؛ لأنَّه لفظُ كنايةٍ، وإنْ نوَى الثلاثَ فأوقَعتْ[3] ذلك وقَع[4]؛ لأنَّه تفويضٌ عامٌّ.

قال: وإنْ قال لها: طَلِّقي نفسَك متى شئتِ. فلها أن تُطَلِّقَ نفسَها في المجلسِ وبعدَه.

وذلك لأنَّ (متى) تُفِيدُ الوقتَ، فكأنَّه قال لها: طَلِّقِي نفسَك أيَّ وقتٍ شئتِ. فلا يختَصُّ بزمانٍ دونَ زمانٍ، إلَّا أنَّه ليس لها أن تُطَلِّقَ نفسَها إلا مرةً واحدةً؛ لأنَّ

---

(١) في (س): «التصريح».

(٢) بعده في (ي): «عليها».

(٣) في (س): «فإن أوقعت».

(٤) في (ي): «وقعن».



ذلك لا يُفِيدُ التَّكرارَ، فإذا أوقعتْ ما جُعِلَ إليها، لم يَكُنْ لها بعدَ ذلك شيءٌ.

قال: وإذا قال لرجلٍ: طَلِّقِ امرأتي. فله أن يُطَلِّقَها في المجلسِ وبعدَه.

وذلك لأنَّ هذا توكيلٌ، والتوكيلُ لا يختَصُّ بالمجلسِ.

قال: وإنْ قال له: طَلِّقْها إن شئتَ، فله أن يُطَلِّقَها في المجلسِ خاصةً.

وذلك لأنَّه لمَّا عَلَّقه بمشيئتِه كان تمليكًا منه له لطلاقِها؛ ألَا ترى أنَّ الوكالةَ لا تَقِفُ على المشيئةِ، والتمليكُ يقِفُ على المجلسِ، أصلُه القبولُ في البيعِ.

قال: وإنْ قال لها: إنْ كنتِ تُحِبِّيني أو تُبْغِضِيني فأنتِ طالقٌ. فقالت: أُحِبُّك أو أُبغِضُك. وقَع الطلاقُ[1]، وإنْ كان في قلبِها خلافُ ما أظهَرتْ.

وهذا استحسانٌ، والقياسُ: أنْ لا يَقَعَ.

وجهُ القياسِ: أنَّه علَّق الطلاقَ بشرطٍ لا يُعلَمُ وُجُودُه، فلا يقعُ كما لو قال: إن شاءَ اللَّهُ.

وجهُ الاستحسانِ: أنَّ المحبَّةَ لمَّا لم تُعلَمْ إلا مِن جهتِها صار كأنَّه قال: إنْ قلتِ: إنِّي أُحِبُّكَ. فأنتِ طالقٌ. فإذا قالَتْ ذلك وقَع الطلاقُ.

وكذلك أيضًا لو قال لها: إنْ كنتِ تُحِبِّينَ أن يُعَذِّبَك[2] اللَّهُ بالنارِ، أو تَكْرَهينَ الجنَّةَ فأنتِ طالقٌ. فقالت: إنِّي أُحِبُّ العذابَ، و[3] أكرهُ الجنَّةَ. وقَع الطلاقُ؛

(١) ليس في (ع، ي).

(٢) في (ع): «يعفيك».

(٣) في (ح): «أو».



لأنَّ المحبَّةَ لمَّا لم تُعلَمْ إلا بقولِها صار الشرطُ ما تُظهِرُه دونَ ما في قلبِها.

وعلى هذا إذا قال: إنْ كنتِ تُحِبِّيني بقلبِك فأنتِ طالقٌ. فقالت: أنا أُحِبُّك[1]. وفي قلبِها غيرُ ذلك، وقَع لِما بيَّنَّاه[2].

وقال محمدٌ: لا يقعُ. لأنَّه جعَل الشرطَ ما في قلبِها، وفي قلبِها خلافُ ما أظهَرتْ، وكذلك قولُها: أُحِبُّ النارَ. يعلَمُ أنَّها كاذبةٌ في قولِها، فلم يُوجَدِ الشرطُ فلم يقَعْ.

ولو قال لها: أنتِ طالقٌ إنْ شئتِ. فقالت: قد شئتُ. وقَع الطلاقُ.

ولو قال: طَلِّقي نفسَكِ إن شئتِ. فقالت: قد شئتُ. لم يقعِ الطلاقُ، وذلك لأنَّه جعَل إليها أنْ تُوقِعَ الطلاقَ على نفسِها فلم تُوقِعْ[3]، وفي الفصلِ الأولِ عَلَّق طلاقَها بمشيئتِها، وقد وجِد الشرطُ فوقَع الطلاقُ.

قال: وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه طلاقًا بائنًا في مرضِه، فماتَ وهي في العِدَّةِ ورِثَتْه[4].

وقال الشافعيُّ في أحدِ أقوالِه: لا تَرِثُ[5].

---

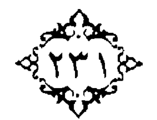
(١) بعده في (ج): «بقلبي».

(٢) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٩١)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٢٩)، و«الاختيار» (٣/ ١٤١).

(٣) في (ع): «يوقع».

(٤) قال في حاشية (ح): «قبل موت الزوج؛ لأنها لو ماتت هي لا يرث الزوج منها اتفاقًا إذا كان الطلاق بائنًا، فأما في الرجعي فترث منه مطلقًا إذا مات وهي في العدة؛ لبقاء الزوجية بينهما، ولهذا يرثها هو إذا ماتت. شرح كنز». وينظر: «تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق» (٢/ ٢٤٦).

(٥) ينظر: «الأم» (٦/ ٦٤٤)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٢٦)، و«الحاوي» (٨/ ١٥٠).



لنا: إجماعُ الصحابةِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ؛ وروَى إبراهيمُ، عن شُرَيحٍ، قال: «كان فيما جاء به عروةُ[1] البارقيُّ مِن عندِ عمرَ في الذي يُطَلِّقُ امرأتَه ثلاثًا[2] وهو مريضٌ: تَرِثُه ما دامَتْ في العِدَّةِ»[3].

وروَى الشعبيُّ: «أنَّ أمَّ البنينَ ابنةَ عُيَينةَ بنِ حِصْنٍ[4] كانَتْ تحتَ عثمانَ بنِ عَفَّانَ، فلمَّا حُصِر[5] طَلَّقها، فلمَّا قُتِل أَتَتْ عليًّا رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُ، فذكَرتْ ذلك له، فقال: تَرَكها حتى إذا أشرَف على الموتِ طَلَّقها، فورَّثَها»[6].

ورُوِي عن عائشةَ أنَّها قالت: «إذا طَلَّق الرجلُ امرأتَه في مرضِه، فانقَضتِ العِدَّةُ فلا ميراثَ بينَهما»[7].

وعن أُبَيِّ بنِ كعبٍ، قال: «إذا طَلَّقَها وهو مريضٌ وَرَّثتُها[8] منه»[9]. وعن ابنِ عباسٍ، وعروةَ بنِ الزبيرِ مثلُه[10].

---

(١) بعده في (ع): «بن».

(٢) ليس في (ي).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٩٣٧٧، ١٩٤١٤).

(٤) في (أ٢، ح، ر، غ، م، ي): «أم البنين ابنة عيينة بن حصين»، وفي (ض٢): «أم البنين امرأة عتيبة بن حصن»، وفي (ق، ل): «أم البنين بنت عتبة»، والمثبت من (أ، س، ض، ض١، ظ، ع) هو الصواب، وينظر: «طبقات ابن سعد» (٣/ ٥٤)، و«الإصابة» (٨/ ١٧٨).

(٥) في (ع): «حضر».

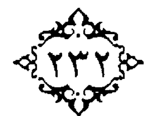
(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (١٩٣٨١).

(٧) أخرجه ابن أبي شيبة (١٩٣٨٥).

(٨) في (ح): «ورثها».

(٩) أخرجه ابن أبي شيبة (١٩٣٧٣)، والبيهقي (٧/ ٣٦٣).

(١٠) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٢٢٠٣)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٩٣٨٤).



وروِي: «أنَّ عبدَ الرحمنِ بنَ عوفٍ طَلَّق امرأتَه تُماضِرَ بنتَ أصبغَ الكلبيَّةَ[1]، فدخَل عليه عثمانُ يعودُه فأشهَد على طلاقِها، فقال له عثمانُ: أمَا إنَّك إنْ مِتَّ مِن مرضِك هذا ورَّثتُها منك. قال: أمَا إنِّي لم أُطَلِّقْها فرارًا مِن كتابِ اللَّهِ تعالى. قال: ذاك[2] ما تقولُه. فمات في مرضِه ذلك، فورَّثَها عثمانُ فأصابَها رُبُعُ الثمنِ ثمانونَ ألفًا[3]»، وروِي أنَّه قال: «ما أتَّهِمُه، ولكنْ[4] أريدُ أن تكونَ سُنَّةً». وهذا بحضرةِ الصحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أجمعينَ مِن غيرِ نكيرٍ.

فإن قيل: عبدُ اللَّهِ بنُ الزبيرِ يُخالِفُ؛ لأنَّه قال: «ورَّث عثمانُ تُماضِرَ ولو كنتُ أنا ما ورَّثتُها». وروِي عنه: «أمَّا أنا فلا أُورِّثُ المبتوتةَ»[5].

قيل له: ابنُ الزبيرِ قال هذا القولَ في وقتِ إمارتِه، وقد سبَق الإجماعُ ذلك فلا يُعْتَدُّ بقولِه، ولأنَّها كانَتْ قد سألتِ الطلاقَ، فاعتقد أن مسألتَها للطلاقِ يُسقِطُ إرثَها، وكذلك نقولُ[6]، وإذا ورَّثَها عثمانُ مع مسألتِها فإذا لم تَسْأَلْ أَوْلَى، ولأنَّه حقٌّ ماليٌّ يجوزُ أن تَسْتحِقَّه المطلقةُ الرجعيَّةُ، فجاز أن تَسْتحِقَّه المطلقةُ البائنُ[7]، أصلُه السُّكْنى.

---

(١) في (ح): «الكلبي».

(٢) في (س، ع، ق): «ذلك».

(٣) قال في حاشية (ح): «من الدنانير وقيل: ثلاثة وثمانون ألف دينار، وذكره الزيلعي في كتاب الصلح».

والأثر أخرجه عبد الرزاق (١٥٢٥٦)، وسعيد بن منصور (١٩٥٩-الأعظمي). وينظر: «نصب الراية» (٤/ ١١٢، ١١٣)، و«البدر المنير» (٨/ ١٢٠- ١٢٣)، و«الدراية» (٢/ ١٨٠، ١٨١).

(٤) في (س): «ولكني».

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٢١٩٢)، وابن أبي شيبة (١٩٣٧٤).

(٦) في (س، ع): «يقول».

(٧) في (س): «البائنة»، وفي (ع): «الثابتة».



قال: وإنْ ماتَ بعدَ انقضاءِ عِدَّتِها فلا ميراثَ لها[1].

وقال مالكٌ: تَرِثُ ما لم تتزوَّجْ[2]. وهو أحدُ أقوالِ[3] الشافعيِّ[4].

وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأنَّ النِّكاحَ قد زالَ وزالَتْ أحكامُه بدليلِ أنَّها تَحِلُّ للأزواجِ، والتَّوارُثُ إنما يَثبُتُ بحُكْمِ النِّكاحِ وقد عُدِم ذلك، فصارَتْ كسائرِ الأجانبِ، وأمَّا إذا انقَضتِ العِدَّةُ[5] وتزوَّجَتْ فإنَّها لا تَرِثُ.

وقال ابنُ أبي ليلى: تَرِثُ[6]. وهذا أحدُ أقوالِ[7] الشافعيِّ[8].

وليس بصحيحٍ؛ لأنَّه قد وُجِد مِن جهتِها ما يَدُلُّ على الإعراضِ عن الزوجِ، فوجَب أن لا تَرِثَ منه، كما لو سألَتْه الطلاقَ فطَلَّقَها.

(١) ينظر: «الأصل» (٤/ ٥٣٧)، و«الحجة على أهل المدينة» (٤/ ٩٤، ٩٥)، و«النتف» (١/ ٣٣٠)، و«المبسوط» (٦/ ٤٣).

(٢) في (س، ع): «يتزوج». وينظر: «المدونة» (٢/ ٨٧)، و«التفريع» (٢/ ٧١)، و«النوادر والزيادات» (٥/ ٤١).

وقال في حاشية (ح): «الذي في فتح القدير وغيره: أنها ترث عند مالك وإن تزوجت بعشرة أزواج، وأنها ترث عند ابن أبي ليلى، وإن انقضت عدتها ما لم تتزوج». وينظر: «فتح القدير» (٤/ ١٤٥).

(٣) في (س، ي): «قولي».

(٤) ينظر: «الأم» (٥/ ٤٨)، و«الحاوي» (١٠/ ٢٦٥، ٢٦٩)، و«بحر المذهب» (١٠/ ١٣٥).

(٥) في (أ، ع): «عدتها».

(٦) ينظر: «اختلاف أبي حنيفة وابن أبي ليلى» (ص ٢١٠، ٢١١)، و«المبسوط» (٦/ ١٥٦)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٢١)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ٢٤٦).

(٧) في (س): «قولي».

(٨) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٧١) (٧/ ١٧٠)، و«الحاوي» (١١/ ٢٤٢)، و«البيان» (٩/ ٣٢).



فإن قيل: حقُّها ثابتٌ، ولم يُوجَدْ مِن جهتِها إلا فعلُ مباحٍ، فلا يَسقُطُ حقُّها.

قيل له: هذا يَبطُلُ بما لو سألتِ الطلاقَ؛ فإنَّها لا تَرِثُ مع وُجُودِ ما ذكَرْتَ.

قال: وإذا قال لامرأتِه: أنتِ طالقٌ إن شاءَ اللَّهُ. مُتصِلًا لم يقعِ الطلاقُ[1].

وذلك لِما روِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «مَن حلَف بطلاقٍ أو عَتاقٍ وقال: إن شاءَ اللَّهُ. فلا حِنْثَ عليه»[2]. وروِي أنَّه عَلَيْهِ السَّلَامُ قال: «مَن اسْتَثنى فله ثُنْياه»[3].

---

(١) قال في حاشية (ح): «وفي الأجناس: لو سكت سكتة قدر التنفس، ثُمَّ قال: إن شاء اللَّه. لا يصح الاستثناء إلا أن تكون سكتة التنفس، ثُمَّ قال: وما يبطل الاستثناء أربعة: أحدها ما ذكرنا. والثاني أن يزيد المستثنى على المستثنى منه، كقوله: أنت طالق ثلاثًا إلا أربعًا، والثالث أن يكون مساويًا كقوله: أنت طالق ثلاثًا إلا ثلاثًا، وفي المحيط: لو قال: عشرًا إلا تسعًا، وقعت واحدة، ولو قال: إلا ثمانيًا وقع ثنتان، ولو قال: إلا تسعًا وقع الثلاث، فقد صح استثناء الكل من الكل هاهنا؛ لأنه استثناء الناقص من الكل لفظًا، ونظيره ما روي عن محمد في النوادر إذا قال: نسائي طوالق إلا فلانة وفلانة وفلانة، وليس له من النسوة سواهن صح، ولو قال: نسائي طوالق إلا نسائي لا يصح، وما افترقا إلا باعتبار اللفظ، الرابع: أن يستثني بعض التطليقة كقوله: أنت طالق إلا نصفها. خلاصة. والخامس ما يؤدي إلى تصحيح بعض الاستثناء وإبطال البعض كما لو قال: أنت طالق ثنتين وثنتين إلا ثلاثًا. فتاوى قاضي خان».

(٢) غريب بهذا اللفظ، وأخرجه بنحوه أبو داود (٣٢٦١، ٣٢٦٢)، والترمذي (١٥٣١)، والنسائي (٣٧٩٣، ٣٨٢٨، ٣٨٢٩، ٣٨٣٠)، وابن ماجه (٢١٠٥، ٢١٠٦) من حديث ابن عمر، أن رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «من حلف على يمين، فقال: إن شاء اللَّه، فقد استثنى، فلا حنث عليه». قال الترمذي: «حديث حسن». وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٣٤-٢٣٥)، و«الدراية» (٢/ ٧٢-٧٣).

(٣) أخرجه الترمذي (١٥٣٢)، والنسائي (٣٨٥٥)، وابن ماجه (٢١٠٤) من حديث أبي هريرة.



وأمَّا إذا قطَع الاستثناءَ عن الكلامِ، فإنَّه لا يُؤَثِّرُ، فوُجُوده[1] كعدمِه، وعن ابنِ عباسٍ: أنه يُؤَثِّرُ.

لنا: أنَّ ما يَقِفُ الكلامُ عليه إذا وُجِد السُّكوتُ بينَهما مُنِع أن يَقِفَ عليه، الدليلُ عليه الشرطُ[2].

فإن قيل: روِي أنَّ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «لأَغْزُوَنَّ قريشًا»، ثُمَّ قال بعدَ [3]ذلك بِسَنةٍ[3]: «إن شاء اللَّهُ»[4].

قيل له: هذا لا دليلَ فيه؛ لأنه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لم يَقصِدْ إلى[5] الاستثناءِ، وإنما قصَد [6]استدراكَ المأمورِ[6]، وهو قولُه تعالى: ﴿وَلَا تَقُولَنَّ لِشَاْىْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ

---

(١) في (ح): «وجوده»، وفي (أ٢، ض، غ، م، ي): «ووجوده».

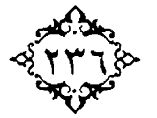
(٢) في (ع): «الشروط».

(٣-٣) في (أ، ع): «سنة».

(٤) أخرجه أبو يعلى (٢٦٧٤)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (١٩٣٠)، وابن عدي (٢/ ٣٣١)، والطبراني في «الكبير» (١١/ ٢٢٥) (١١٧٤٢)، والبيهقي (١٠/ ٤٧) من طريق (عمرو بن عون، والحسن بن شبيب)، عن شريك، عن سماك، عن عكرمة، عن ابن عباس مرفوعًا.
وأخرجه أبو داود (٣٢٨٥، ٣٢٨٦)، وابن المنذر (٨٩٥٥)، والطحاوي (١٩٢٩) من طريق قتيبة بن سعيد، عن شريك، عن سماك، عن عكرمة مرسلًا. قال ابن المنذر: «والذي يصح عندي مرسل عكرمة عن النبي صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ». قال ابن عدي: «وهذا الحديث لا أعلم أحدًا رواه عن شريكٍ، عن سماك، عن عكرمة، عن ابن عباس موصولًا إلا الحسن بن شبيب، وهذا رُويَ عن مسعر، عن سماك موصولًا ومرسلًا، والأصلُ في هذا الحديث الإرسال».
وينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٣٢٢).

(٥) في (ع): «على».

(٦-٦) في (س): «استدراكًا لمأمور».



ذَٰلِكَ غَدًا ﴿٢٣﴾ إِلَّآ أَن يَشَآءَ ٱللَّهُۚ وَٱذۡكُر رَّبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾ [الكهف: ٢٤، ٢٥].

قال: وإنْ قال: أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلا واحدةً. طَلُقتِ اثنتيْن، وإن قال: إلا اثنتيْن طَلُقتْ واحدةً.

وذلك لأنَّ الاستثناءَ مع الجملةِ عبارةٌ عن الباقي(١)، قال اللَّهُ تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمۡ أَلۡفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمۡسِينَ عَامٗا﴾ [العنكبوت: ١٤] وقد فُهِم مِن ذلك تسعُمئةٍ وخمسون(٢).

وإذا ثبَت هذا قلنا: إذا قال: أنتِ طالقٌ ثلاثًا إلا واحدةً. فكأنَّه قال: أنتِ طالقٌ ثِنْتَين. وإذا قال: إلا ثنتَيْن. فكأنَّه قال: أنتِ طالقٌ واحدةً. فيقعُ ذلك.

قال: وإذا ملَك الزوجُ امرأتَه(٣)، أو شِقْصًا منها، أو ملكتِ المرأةُ زوجها، أو شِقْصًا منه، وقَعتِ الفُرقةُ(٤).

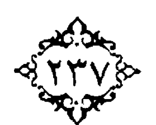
---

(١) في (أ، ع): «الثاني».

(٢) في (أ، ع): «وخمسين».

(٣) قال في حاشية (ح): «المراد ملكًا مستقرًا، دليل ما ذكر في كتاب الوكالة من هذا الشرح: أن من تزوج أمةً، ثُمَّ تزوج حرة على رقبة الأمة، وأجاز ذلك مولاها، فإنه يجوز وتصير الأمة مهرًا للحرة، ولا ينفسخ النكاح بينها وبين الزوج، وإن كان الملك ينتقل إلى الزوج أولًا في الأمة، ثُمَّ ينتقل منه إلى الحرة لما كان انتقاله إليه غير مستقر».

(٤) قال في حاشية (ح): «وهي فسخ وليس بطلاق، ولا يحتاج إلى تفريق القاضي، والقن المأذون له، والمدبر المأذون له، والمكاتب، إذا اشترى كل واحدٍ زوجته لا يبطل نكاحها، ومعتق البعض إذا اشترى زوجته لا يبطل النكاح عند أبي حنيفة، وعندهما يبطل. بدائع. لأن المكاتب لا ملك له، وإنما له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح. زيلعي». وينظر: «بدائع الصنائع» (٢/ ٣٤٠).



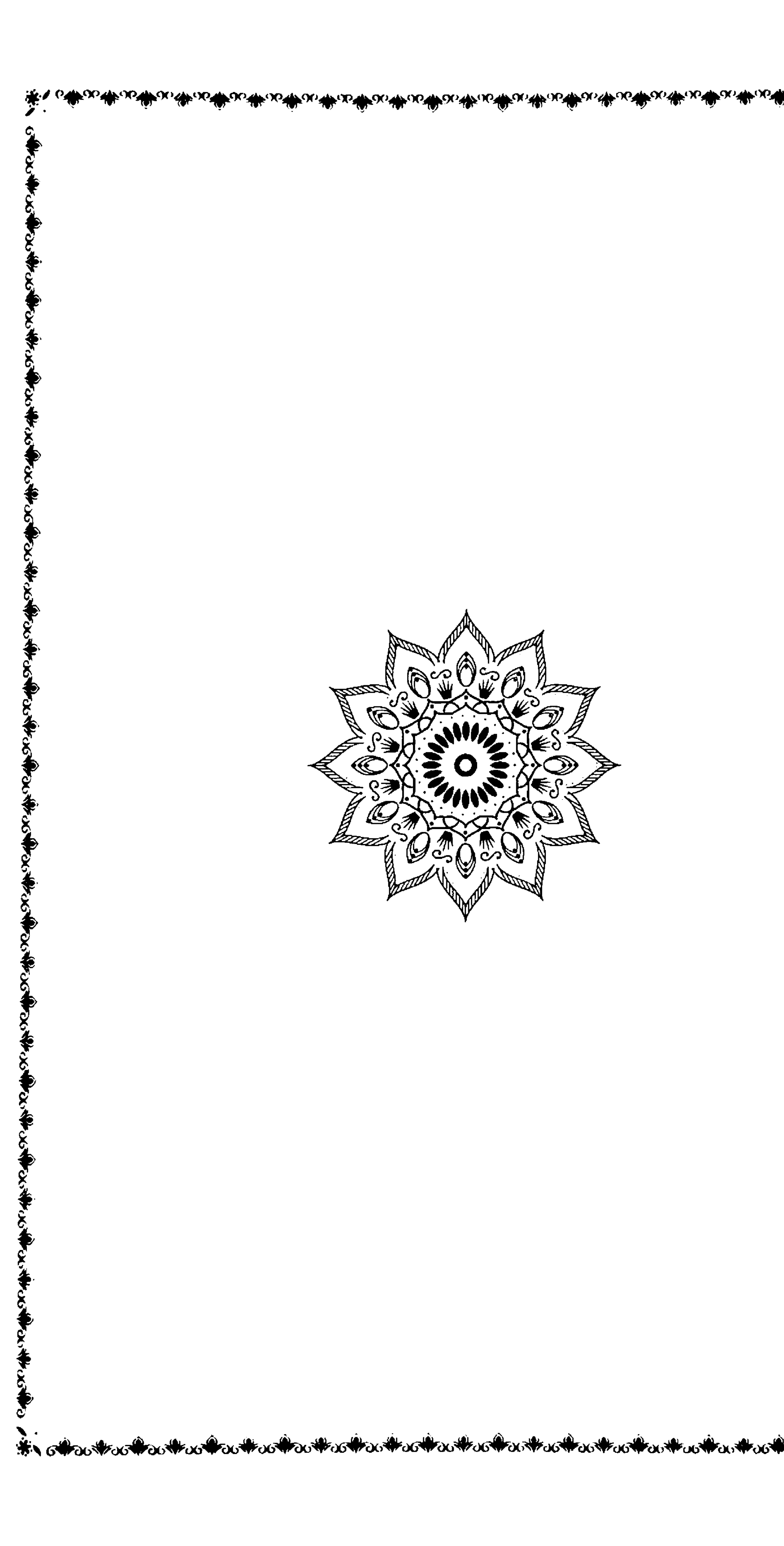
وذلك لِما بيَّـنَّا أنَّ النكاحَ والمِلْكَ يَتنافِيانِ، وما يُنافِي[1] النكاحَ[2] إذا طرَأ عليه أفسَده، أصلُه الرِّدَّةُ.

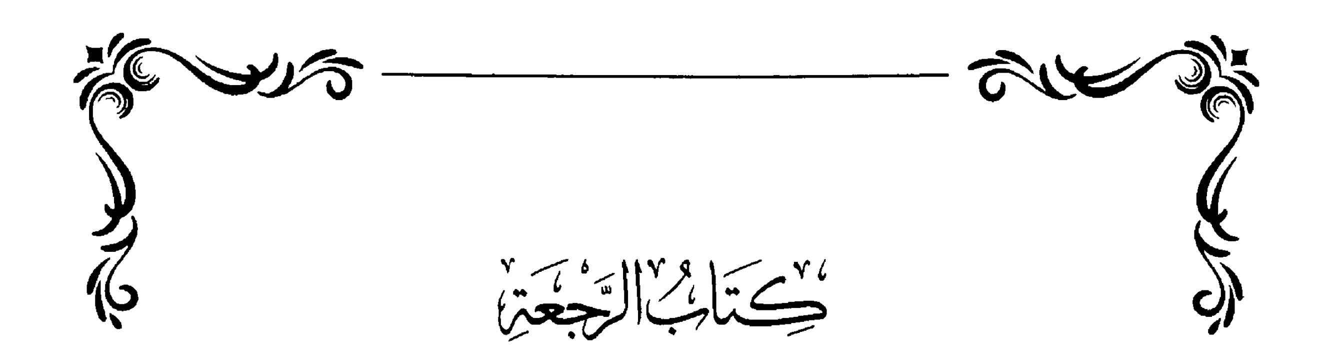
والله أعلم

(١) في (س): «وما يتنافيان».

(٢) ليس في (ض١)، في (ض): «الشيء».

كِتَابُ الرَّجْعَةِ





كتاب الرجعة

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا طلَّق الرجلُ امرأتَه تَطْلِيقةً رجْعِيَّةً أو تَطْلِيقتَيْنِ فله أن يُراجِعَها في عِدَّتِها؛ رَضِيتْ بذلك أو لَمْ ترْضَ.

الأصلُ في ثبوتِ الرجْعةِ قولُه تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖۗ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. ورُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ طلَّق سَوْدَةَ وراجَعها»[(١)].

وإنما قُلْنا: إن الرجعةَ لا تَصِحُّ إلا مع بقاءِ العِدَّةِ فلِما رُوِي عن أبي بكرٍ، وعمرَ، وعليٍّ، وابنِ مسعودٍ، وأبي الدرداءِ، وعبادةَ بنِ الصامتِ رَضِيَ ٱللَّهُ عَنْهُمْ أجمعينَ: «أنهم قالوا في الرجلِ يُطَلِّقُ امرأتَه تَطْلِيقةً أو تَطْلِيقتَيْنِ أنه أحقُّ بها ما لم تَغْتَسِلْ مِن الحيضةِ الثالثةِ، يَرِثُها وتَرِثُه ما دامتْ في العِدَّةِ»[(٢)]، ولأن العِدَّةَ إذا انْقَضتْ زال مِلْكُ الزوجِ عن البُضْعِ ولم يَبْقَ له حقٌّ، فصارتْ أجنبيةً فلا تَصِحُّ الرجعةُ كسائرِ الأجنبياتِ.

وإنما لا يُعْتَبرُ رضا المرأةِ في الرجْعةِ؛ لأن الرجعةَ وُضِعتْ لاستِدْراكِ الزوجِ حقَّه مِن النكاحِ، فلا يَقِفُ على رضا المرأةِ كالفَيْءِ في الإيلاءِ، وكإسقاطِ الخيارِ في البيعِ.

---

(١) أخرجه البيهقي (٧/ ٧٥). وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢١٦-٢١٧)، و«البدر المنير» (٨/ ٤٧-٤٨)، و«الدراية» (٢/ ٦٧).

(٢) ينظر: «سنن سعيد بن منصور» (١٢١٨-١٢٢٣، ١٢٣٠، ١٢٣٣-الأعظمي)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٩٢٢٦-١٩٢٣٢)، و«السنن الكبرى» للبيهقي (٧/ ٤١٧).



قال: والرجعةُ أن يَقُولَ: راجعْتُكِ، أو راجَعْتُ امْرَأَتِي، [1]أو يَطَأَها[1]، أو يُقَبِّلَها، أو يَلْمِسَها بشهوةٍ[2]، أو يَنْظُرَ إلى فَرْجِها بشهوةٍ[3].

أما قولُه: راجعتُكِ أو راجعتُ امرأتي. فهو صريحٌ في الرجعةِ، ولا خلافَ فيه بين الأُمَّةِ[4].

وأما الرجعةُ بالفِعْلِ فقال أصحابُنا: تَصِحُّ[5]. وقال الشافعيُّ: لا تَصِحُّ الرجْعَةُ إِلَّا بالقولِ مع القُدْرةِ عليه[6].

لنا: قولُه تعالى: ﴿فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾ [الطلاق: ٢]. فأَثْبَتَ الرَّجْعةَ بالإمْساكِ، وحقيقةُ ذلك في الفِعْلِ دُونَ القولِ، فظاهِرُ الأَمْرِ أنه إذا أَمْسَكها[7] بشهوةٍ[8] فقد فعَلَ المأمورَ مِن الرجعةِ، ولأن الزوجَ قد ثبَت له بالطلاقِ استدراكُ حقٍّ في مدَّةٍ فجاز أن يَسْتَدْرِكَه بالفعلِ، أصلُه الخيارُ في البيعِ.

(١-١) من (أ٢، ظ، نسخة مختصر القدوري). وينظر: «الهداية» (٢/ ٢٥٤)، و«العناية» (٤/ ١٥٩)، و«البناية» (٥/ ٤٥٦)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٥٠).

(٢) في (أ، ظ، ع، ل): «لشهوة»، وفي (س، غ): «للشهوة».

(٣) في (أ، ع، ل): «لشهوة»، وفي (س): «للشهوة».

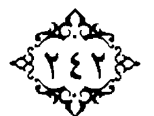
(٤) في (س): «أصحابنا»، وفي (ل، ي): «الأئمة»، وهو الموافق لما في «الهداية» (٢/ ٢٥٤)، و«العناية» (٤/ ١٥٩)، و«البناية» (٥/ ٤٥٦).

(٥) ينظر: «المبسوط» (٦/ ٢١)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ١٧٨)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٨١).

(٦) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣٠٠)، و«الحاوي» (١٠/ ٣١٠)، و«المهذب» (٣/ ٤٧)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٣٤٤)، و«بحر المذهب» (١٠/ ١٨٠)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢١٧).

(٧) في (أ٢، غ): «لمسها».

(٨) ليس في (غ)، وفي (أ٢، س، ض، ي): «لشهوة».



فإن قيل: إنه فِعْلٌ مِن قادرٍ على القولِ فلا يَقَعُ به الرجعةُ، أصلُه إذا قبَّلها لغيرِ[1] شهوةٍ.

قيل له: القُبلةُ بغيرِ شهوةٍ لا تختَصُّ بالنكاحِ، ألا تَرى أن الإنسانَ يقَبِّلُ أُمَّه وابنتَه لغيرِ شهوةٍ، فلمَّا لم يَخْتَصَّ بالنكاحِ لم يُستَدَلَّ به على تَبْقِيةِ النكاحِ، وليس كذلك الوَطْءُ والقُبلةُ لشهوةٍ[2]؛ لأن استباحتَه في الحرَّةِ يختَصُّ بالنكاحِ، فجاز أن يُستَدَلَّ به على قصدِ تَبْقِيَةِ النكاحِ فوقعَتْ به الرجعةُ.

وعلى هذا النظرُ إلى الفرجِ لغيرِ شهوةٍ لا يَقَعُ به الرجعةُ لأنه لا يَختَصُّ بالنكاحِ، ألا تَرى أن الطبيبَ والقابِلَةَ لهما النظرُ إليه بغيرِ[3] شهوةٍ.

وقد قال أبو حنيفةَ، ومحمدٌ: إن المرأةَ إذا لَمَستْ زوجَها بشهوةٍ[4]، وهو لا يَعْلَمُ أو يَعْلَمُ فهو رجْعةٌ إذا أقرَّ بذلك[5].

وقال أبو يوسفَ: إذا لم يَعْلَمْ فليس برجعةٍ[6].

وجْهُ قولِهما: أن لَمْسَها له يتعلَّقُ به مِن الحكْمِ ما يتعلَّقُ بلَمْسِه لها، فجَرى أحدُهما مَجْرَى الآخَرِ.

---

(١) في (أ٢، ح، ض، غ، ي): «بغير».

(٢) في (أ٢، س، ض، ظ): «بشهوة».

(٣) في (أ، ع، غ، ي): «لغير».

(٤) قال في حاشية (ح): «أو قبلته أو نظرت إلى فرجه بشهوة. زيلعي».

(٥) قال في حاشية (ح): «ولو أدخلت فرجه في فرجها وهو نائم كانت رجعة، وصار كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع لو فعلت ذلك بالبائع في مدة الخيار حتى صار فسخًا للبيع. زيلعي».

(٦) ينظر: «المبسوط» (٦/ ٢٢)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ١٧٨)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٢).

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الرجعةَ لا يَجوزُ أن تَثْبُتَ بغيرِ اختيارِ الزوجِ، فإذا لم يَعْلَمْ بِمَسِّها فلم يُوجَدْ منه الاختيارُ، وليس كذلك إذا مسَّتْه فتَركها ولم يَمْنَعْها وهو يَقْدِرُ على مَنْعِها؛ لأنها لما بَقِيتْ على اللمْسِ باختيارِه صار كأنه لَمَسها.

قال: ويُستَحَبُّ أن يُشْهِدَ على الرجْعةِ شاهِدَيْنِ[1].

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾ [الطلاق: ٢]. ولا يأْمَنُ أن تَنْقَضِيَ العِدَّةُ فلا تصدِّقُه في الرجعةِ، فكان الاحتياطُ أن يُشْهِدَ على الرجْعةِ.

قال: فإن لم يُشْهِدْ صحَّتِ الرجعةُ.

وقال الشافعيُّ في أحَدِ قولَيه: لا تَصِحُّ والإشهادُ شَرْطٌ[2].

لنا: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَر ابنَ عمرَ بالرجْعةِ، ولم يأْمُرْه بالإشهادِ»[3]، وعن ابنِ مسعودٍ: «فيمَن طلَّق امرأتَه، ثُمَّ وقَع عليها كانتْ رجعةً»[4]، ولا[5]

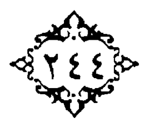
(١) قال في حاشية (ح): «قال في الهداية: وكذا يستحب له أن يعلمها بالمراجعة كي لا تقع في المعصية يعني: بالتزويج بغيره، وفيه إشكال؛ لأن المعصية لا تكون بدون العلم. وفي الغاية: لا تتحقق المعصية بغير ذلك إلا أن يقال ينبغي أن لا تتزوج بغيره حتى تسأل عن ارتجاعه لانفراده به، فإذا تزوجت بغير سؤال وقعت في المعصية، وهذا مشكل أيضًا من حيث إنه أوجب عليها السؤال والمعصية بالعمل بما ظهر عندها».

(٢) هذا قول الشافعي القديم، وقوله الجديد ليس اشتراط الإشهاد، بل استحبابه. ينظر: «الحاوي» (١٠/ ٣١٩)، و«المهذب» (٣/ ٤٨)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٣٥٣)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢١٦).

(٣) تقدَّم تخريجه.

(٤) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٩٥٧٠).

(٥) في (س): «ولم».



يُعْرَفُ له مخالِفٌ، ولأنه حقٌّ للزوجِ يَنْفرِدُ به فلا يَفْتَقِرُ إلى الإشهادِ كالطلاقِ[1].

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ مِّنكُمْ﴾ [الطلاق: ٢]. فالأَمْرُ بالإشهادِ، والأَمْرُ على الوجوبِ.

قيل له: الواوُ لا تَقْتَضِي المقارنةَ، فظاهِرُ الآيةِ الكريمةِ يقْتَضِي جوازَ الإشهادِ بعْدَ الرجعةِ، وكلُّ مَن قال بذلك قال: الإشهادُ مُستَحَبٌّ.

قال: وإذا انْقَضَتِ العِدَّةُ فقال الزوجُ: قد كنتُ راجَعْتُها في العِدَّةِ. فصدَّقَتْه فهي رَجْعَةٌ[2]، وإنْ كذَّبَتْه فالقولُ قولُها.

وذلك لأنه أَخْبَرَ بالرجعةِ في حالٍ لا يَمْلِكُها فلا يُقْبَلُ قولُه إلا أن تُصدِّقَه[3]، كالوكيلِ إذا قال بعْدَ العَزْلِ: قد كنتُ بِعْتُ. فإنه لا يُقْبَلُ قولُه ويكونُ القولُ قولَ الموكِّلِ، كذلك في مسألتِنا.

ولا يُشْبِهُ هذا إذا قال في حالِ العِدَّةِ: قد كنتُ راجَعْتُها أمسِ. فكذَّبَتْه أن القولَ قولُه، وذلك لأنه أَخْبَرَ عمَّا يَمْلِكُه في الحالِ فإذا لم يُصدِّقْه في تقدُّمِه[4]، صار كأنه راجَعَ في الحالِ.

قال: ولا يَمِينَ عليها عندَ أبي حنيفةَ.

---

(١) قال في حاشية (ح): «والعجب منهم أنهم يشترطون الإشهاد اعتبارًا بابتداء النكاح، ولا يشترطون رضاها، ولا تجديد المهر، ولا الولي، وأعجب منه أن مالكًا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ يشترط فيها الإشهاد، ولا يشترطه في ابتداء النكاح».

(٢) في (س، غ، ل): «رجعية»، وفي (ح): «رجعته».

(٣) رسمت في (ح، س، ض، غ) بغير نقط أوله، وفي (ظ، ع): «يصدقه».

(٤) في (س): «نقد»، وفي (ق، ل): «نقل منه»، وفي (ي): «تقديمه».



وقد بيَّنَّا ذلك فيما تقدَّم، وأن ما لا يَصِحُّ بدَلُه لا يُسْتَحلَفُ فيه عند أبي حنيفةَ، والرجْعَةُ لا يَصِحُّ بدَلُها، وعندها يُسْتَحلَفُ[1].

قال: وإذا قال الزوجُ: قد راجَعْتُكِ. فقالتْ مُجِيبةً له: قد انْقَضتْ عِدَّتِي لم تَصِحَّ الرجْعةُ، عند أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: تَصِحُّ والقولُ قولُ الزوجِ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن المرأةَ في العادةِ لا تُخْبِرُ بانْقِضاءِ العِدَّةِ مع انقطاعِ الدَّمِ لِجوازِ أن يُعاوِدَها، فإذا أَخْبَرَتْ بذلك مُجِيبةً له فالظاهِرُ أن الانقطاعَ تقدَّم على قولِه، فصار كأنها قالتْ: انْقَضَتْ عِدَّتِي. فقال: قد راجَعْتُكِ.

وجْهُ قولِهما: أن رجعةَ الزوجِ لا تَقِفُ على قولِها، فلما قال: قد راجَعْتُكِ. صحَّتِ الرجعةُ، فقولُها: انْقَضَتْ عِدَّتِي ولا عدَّة، لا يُلْتَفَتُ إليه، وصار كأنها سكتَتْ ساعةً، ثُمَّ قالتْ ذلك.

وإذا ثبَت هذا قُلنا: القولُ قولُها عندَ أبي حنيفةَ مع يمينِها، وذلك لأنها بنكولِها تبذُل الامتناعُ مِن الانتقال مِن منزلِ الزوجِ، وهذا المعْنى يَصِحُّ بدَلُه.

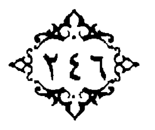
فإن قيل: إذا نكَلتْ صحَّتِ الرجعةُ، والرجعةُ لا يَصِحُّ بدَلُها.

قيل له: الرجعةُ لا تثْبُتُ بنكولِها وإنما يثبُتُ بنكولِها العِدَّةُ، ويملك الزوجُ[3]

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٨٠)، و«البناية» (٥/ ٨٩).

(٢) ينظر: «الأصل» (٤/ ٣٩٧)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ١٨٠)، و«المبسوط» (٦/ ٢٤)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٥).

(٣) بعده في (ح): «عليها».



الرجعةَ مِن طريقِ الحكْمِ لا ببدَلِها، وهذا كما نقولُ: إن النسَبَ يثبُتُ بالفراشِ عندَ شهادةِ امرأةٍ واحدةٍ بالولادةِ، وإن لم يثبُتِ النسَبُ بشهادتِها[1].

قال: وإذا قال زوجُ الأمَةِ بعْدَ انقضاءِ عِدَّتِها: قد كنتُ راجَعْتُها. وصدَّقه المَوْلَى، وكذَّبَتْه الأمَةُ فالقولُ قولُها.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، وزفرَ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: القولُ قولُ المَوْلَى[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، وزفرَ: أن انقضاءَ العِدَّةِ يُوجِبُ تحريمَها في الظاهِرِ، فإذا قال المَوْلى قد راجَعها، فإنه يُبيحُ وَطْئها المحرَّمَ في الظاهِرِ، وهذا معْنًى لا يَمْلِكُه المَوْلى مِن أَمَتِه فلم يُقْبَلْ قولُه فيه.

وجْهُ قولِهما: أن المَوْلى هو المالِكُ للتصرُّفِ في بُضْعِه فكان المَرْجِعُ إلى قولِه في تصديقِ الزوجِ، أصلُه الحرَّةُ في حقِّ نفْسِها.

قال: وإذا انْقَطَع الدَّمُ مِن الحيضةِ الثالثةِ لعشرةِ أيامٍ انقضَتِ العِدَّةُ، وإن لم تَغْتَسِلْ، وإن انقطَع لأقَلَّ مِن عشرةِ أيامٍ لم تَنْقَطِعِ الرجعةُ حتى تغْتَسِلَ، أو يَمْضِيَ عليها وقتُ صلاةٍ، أو تتيمَّم وتُصلِّي عند أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ، وقال محمدٌ: إذا تيمَّمَتِ انقطَعَتِ الرجعةُ[3].

---

(١) في (أ، أ٢، ع، غ): «بشهادتهما».

(٢) ينظر: «الأصل» (٤/ ٣٩٨)، و«المبسوط» (٦/ ٢٤)، و«الهداية» (٢/ ٢٥٥)، و«العناية» (٤/ ١٦٥).

(٣) بعده في (أ، ح): «وإن لم تصل». وينظر: «الهداية» (٢/ ٢٥٥)، و«العناية» (٤/ ١٦٦)، و«البناية» (٥/ ٤٦٣).



وقال الشافعيُّ: لا أَعْرِفُ بعْدَ وجودِ الأقْراءِ معْنًى آخرَ يَقِفُ انقضاءُ العِدَّةِ عليه[1].

وهذا الذي ذكَره مخالِفٌ لإجماعِ الصحابةِ، وهو ما رُوِي عن أبي بكرٍ، وعمرَ، وعليٍّ، وابنِ مسعودٍ، وأبي الدرداءِ، وعبادةَ بنِ الصامِتِ أنهم كانوا يقولون في الرجل يُطَلِّقُ امرأتَه تطليقةً أو تطليقَتَيْنِ: «أنه أحَقُّ بها ما لم تَغْتَسِلْ مِن الحيضةِ الثالثةِ»[2]، وإذا اتفقتِ الصحابةُ على اعتبارِ الغُسلِ لم يُعْتَدَّ بقولِ مَن خالَف[3].

ولأن أيامَها إذا كانت عشرةً فقد تيقَّنَّا زوالَ الحيضِ لأنه لا يكونُ أكثرَ مِن عشرةِ أيامٍ عندَنا فانقضَتِ العِدَّةُ بانقضائه، وإذا كانتْ أقلَّ مِن عشرةِ أيامٍ لم نتيقَّن انقطاعَ الدَّمِ لجوازِ أن يَعُودَ، فإذا وُجِد الغُسل المنافِي للحيضِ في الظاهرِ حكَمْنا بانقضاءِ العِدَّةِ، والشافعيُّ بَنَى هذا[4] على أَصْلِه أن العِدَّةَ تنْقَضِي بالأطهارِ، فإذا دخَلتْ في أوَّلِ الحيضةِ الثالثةِ انقَضَتِ العِدَّةُ ولا[5] تحتاجُ إلى الاغْتِسالِ.

وأما إذا انقَطَع دمُها لأقلَّ مِن عشرةِ أيامٍ، ومضَى عليها وقتُ صلاةٍ، وقد أَمْكَنها الاغتسالُ قبْلَ مُضِيِّه فقد وجَبَتْ تلك الصلاةُ عليها، ووجوبُ الصلاةِ

---

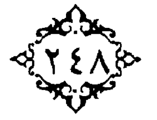
(١) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣٢٢)، و«الحاوي» (١١/ ١٧٢).

(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) هذا الإجماع فيه نظر؛ وينظر ما ذكره ابن أبي شيبة في «مصنفه» (٤/ ١٥٨) باب: «ما قالوا في المرأة يطلقها زوجها فتحيض الثالثة من قبل أن يراجعها، من قال: لا رجعة له عليها»، وباب: «من قال: هو أحق برجعتها ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة». وينظر كذلك: «الحاوي» (٧/ ٤٧٢)، و«المحلى» (١٠/ ٣١)، و«التوضيح لشرح الجامع الصحيح» (٢٥/ ٥٠٩).

(٤) ليس في (أ٢، ر)، وفي (س، ي): «هذه المسألة».

(٥) في (أ٢، ح، س، ظ، ي): «فلا».



يُنافِي حكْمَ الحيضِ.

وأما إذا تيمَّمَتْ وهي مسافِرةٌ، فقال أبو حنيفةَ، وأبو يوسفَ: لا تَنْقَطِعُ الرجعةُ حتى تُصلِّيَ؛ لأن التيمُّمَ لا يَرْفَعُ الحدثَ بدليلِ أنها لو رأتِ الماءَ بطَل، فصار كما لو اغْتَسَلَتْ وبَقِي عُضْوٌ منها فإن الرجعةَ لا تَنْقَطِعُ، فإذا صلَّتْ فقد تعلَّق بالتيمُّمِ حكْمٌ لا يَنْفَسِخُ لحالٍ، ألا ترى أنها لو رأتِ الماءَ لم تَبْطُلْ تلك الصلاةُ فصار كالاغْتِسالِ.

وأما محمدٌ فيقولُ: إذا تيمَّمتْ فقد استباحتْ به جميعَ ما تَسْتَبِيحُه بالغُسلِ فكأنها اغْتَسلتْ[1].

قال: وإن اغْتَسلَتْ ونَسِيتْ شيئًا مِن بدَنِها لم يُصِبْه الماءُ، فإن كان عضوًا فما فوقَه لم تَنْقَطِعِ الرجعةُ، وإن كان أقلَّ مِن عضوٍ انقطعَتْ.

وهذا الذي ذكَره فيه قياسٌ واستِحْسانٌ.

واختلَفوا في موضعِ القياسِ، فقال أبو يوسفَ: القياسُ أنه إذا بَقِي أقلُّ مِن عضوٍ أنْ تَبْقَى الرجْعةُ؛ لأن الحدَث باقٍ كما يَبْقَى في العضوِ الكاملِ، وإنما استَحْسَنُوا لأن هذا القَدْرَ يُسْتَغْفَلُ[2] في العادةِ، فلو بَقِيتِ الرجعةُ لم تَنْقَطِعْ في غالبِ النساءِ، وهذا لا يَصِحُّ.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٧٩)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٤)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٤٢٦).

(٢) في (أ، ع): «يستقل»، وفي (أ٢، ظ، ل): «يستعمل». قال المرغيناني في «الهداية» (٢/ ٢٥٦): «بخلاف العضو الكامل؛ لأنه لا يتسارع إليه الجفاف ولا يغفل عنه عادة فافترقا».



وقال محمدٌ: القياسُ أن تَنْقَطِعَ الرجعةُ إذا بَقِي عضوٌ كاملٌ قياسًا على المضمضمةِ[1].

وإنما استَحْسَنُوا، فقالوا: لا يَنْقَطِعُ؛ لأن العضوَ مُجْمَعٌ على وجوبِ غَسلِه وهو مِمَّا لا يُسْتَغْفَلُ[2]، فصار كما لو زاد عليه، وأما إذا بَقِي المضمضمةُ والاستِنْشاقُ، فقال محمدٌ: أُبِينُها مِن الزوجِ ولا تَحِلُّ للأزواجِ؛ لأن المضمضمةَ مختلَفٌ في وجوبِها، والرجعةُ يُعْتَبَرُ فيها الاحتياطُ فلا يَجوزُ إثباتُها بالشَّكِّ، ولا نُبِيحُها للأزواجِ بالشَّكِّ.

وقال أبو يوسفَ، في روايةِ هشامٍ عنه: له الرجعةُ؛ لأنه عضوٌ يَجِبُ غَسلُه، فصار كسائرِ الأعضاءِ[3].

قال: والمطلَّقةُ الرجْعيَّةُ تتشوَّفُ وتَتزيَّنُ.

وذلك لأنها زوجةٌ ووَطْؤُها حلالٌ كغيرِ المطلَّقةِ؛ ولأن الرجعةَ مندُوبٌ إليها، وهي مأمورةٌ أن تتزيَّنَ، لِيَقَعَ عليها عَيْنُ زوجِها فيُراجِعَها.

قال: ويُستَحَبُّ لزَوْجِها أن لا يَدْخُلَ عليها حتى يُؤْذِنَها أو يُسْمِعَها خَفْقَ نَعْلِه[4].

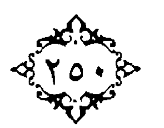
---

(١) بعده في (ح): «والاستنشاق». وينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٧٩)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٥)، و«الهداية» (٢/ ٢٥٦).

(٢) في (أ، ع): «يستقل»، وفي (ظ): «يستعمل».

(٣) ينظر: «المبسوط» (٦/ ٢٨)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ١٧٩)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٥)، و«العناية» (٤/ ١٧٠)، و«البناية» (٥/ ٤٦٥).

(٤) في (أ٢، ح، ظ، ي): «نعليه».



قال أبو يوسفَ: مِن أَجْلِ أنها حرامٌ، ولكن لا يأْمَنُ أن يَرى الفَرْجَ بشهوة[1] فيكونَ رَجْعَةً مِن غيرِ إشهادٍ، وذلك مكروهٌ[2].

وطريقٌ آخرُ: وهو أن ذلك يؤدِّي إلى تطويلِ العدَّةِ عليها؛ لأنه إذا لم يُرِدْ مراجعتَها ودخَل عليها مِن غيرِ أن يُؤْذِنَها لا يأْمَنُ[3] أن يَرى فرجَها فيَصِيرَ مُراجِعًا ولا رغبةَ له[4]، فيَحتاجَ[5] أن يُطلِّقَها فتطولَ العِدَّةُ عليها فكذلك له ذلك.

وقد قال أصحابُنا: الأحسنُ أن يُعْلِمَها بالرجعةِ فإن لم يُعْلِمْها جاز، وذلك لأنه إذا لم يُعْلِمْها لا يأْمَنُ[6] أن تتزوَّجَ[7] عندَ انقضاءِ العِدَّةِ فيُعَرِّضَها لعَقْدٍ[8] محرَّمٍ، فكان الأحسنُ أن يُعْلِمَها بالرجعةِ، وإن لم يُعْلِمْها جاز لأنه حقٌّ له لا يُسْقِطُ به حقًّا لها، فصار كالإجازةِ في الخيارِ[9].

قال: والطلاقُ الرجعِيُّ لا يُحرِّمُ الوَطْءَ.

وكان أبو عبدِ اللَّهِ البَصْرِيُّ[10] يَختارُ ....

---

(١) في (أ، ر، س، ظ، ع، ل): «الشهوة».

(٢) في (س): «يكره». ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٢).

(٣) في (س): «نأمن».

(٤) بعده في (ح): «فيها».

(٥) بعده في (ح): «إلى».

(٦) في (س): «نأمن».

(٧) في (س، ع، ل): «يتزوج».

(٨) في (أ٢،س): «بعقد»، وفي (ض): «لأمر».

(٩) ينظر: «الأصل» (٤/ ٣٩٨)، و«المبسوط» (٦/ ٢٥)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ١٧٧) «بدائع الصنائع» (٣/ ١٨١).

(١٠) هو الحسين بن علي بن طاهر، أبو عبد اللَّه البصري، البغدادي سكنًا، شيخ المعتزلة وصاحب التصانيف على مذاهبهم، وينتحل في الفروع مذهب أهل العراق، وكان مقدمًا في الفقه والكلام، مع كثرة أماليه فيهما، وتدريسه لهما، توفي في ذي الحجة سنة (٣٦٩هـ)، وصلى =



أنه يُوجِبُ التحريمَ[1]، وهو قولُ الشافعيِّ[2]، وزاد الشافعيُّ فقال: إن وَطِئها قبْلَ الرجعةِ فعليه المهْرُ[3].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَبُعُولَتُهُنَّ أَحَقُّ بِرَدِّهِنَّ﴾ [البقرة:٢٢٨]. فسماه بَعْلًا وهو مِن أسماءِ الأعيانِ[4] فيقتضي أن تكون بعْلةً، ولو حرَّمها الطلاقُ لم تكن بعْلةً[5].

فإن قيل: الردُّ لا يكون إلا لشيءٍ قد زال يُرَدُّ إليه، وليس ذلك إلا الإباحةُ.

قيل له: قبْلَ الطلاقِ كانت لا تَبِينُ بمُضِيِّ المدَّةِ، ثُمَّ صارتْ تَبِينُ بمُضِيِّها فيَرُدُّها[6] إلى الحالةِ التي لا تَبِينُ بمُضِيِّ المدَّةِ، ولأنه طلاقٌ لا يُزِيلُ الملك فلا يُوجِبُ التحريمَ، كالطلاقِ المعلَّقِ بالشرْطِ.

فإن قيل: إنها مُعْتَدَّةٌ فوجَب أن يَحْرُمَ وَطْؤُها كما لو قال لها: أنتِ بائنٌ.

قيل له: هذا يَبْطُلُ بِمَن اشْتَرى زوجتَه وهي مُعْتَدَّةٌ منه، بدليلِ أنه لا يَحِلُّ له أن يُزَوِّجَها غيرَه، ومع ذلك يَحِلُّ له وَطْؤُها.

وقولُ الشافعيِّ إنه إذا وَطِئها يَجِبُ المهْرُ لا يَصِحُّ؛ لأن هذا طلاقٌ لا يَمْنَعُ

عليه أبو علي الفارسي النحوي، ودفن في تربة أستاذه أبي الحسن الكرخي بدرب الحسن بن زيد. ينظر: «أخبار أبي حنيفة وأصحابه» (ص ١٧٣)، و«تاريخ بغداد» (٨/ ٦٢٦)، و«الطبقات السنية» (ص ٢٥٥).

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٠).

(٢) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٥٧)، و«الحاوي» (١٠/ ٣٠٨)، و«نهاية المطلب» (١٣/ ٣٤١).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٠/ ٣٢٠)، و«كفاية النبيه» (١٤/ ١٨٨)، و«النجم الوهاج» (٨/ ٢١).

(٤) في (س، ظ، ع): «الأغيار»، والمثبت موافق لما في «التجريد» (١٠/ ٤٩٨٨).

(٥) في (أ٢، غ): «يكن بعلها».

(٦) في (أ٢): «فيرد»، وفي (س): «فترد».



الإرثَ بحالٍ، فصار كالطلاقِ المعلَّقِ بالشرْطِ.

فإن قيل: مُعْتَدَّةٌ فوجَب بوَطْئِها المهْرُ كالبائِنِ.

قيل له: هذا يَبْطُلُ به إذا وُطِئتْ بشُبْهةٍ، ثُمَّ وَطِئها الزوجُ.

قال: وإذا كان الطلاقُ بائنًا دُونَ الثلاثِ، فله أن يتزوَّجها في عِدَّتِها وبعْدَ انقضاءِ عِدَّتِها.

أما جوازُ تزويجِها في العِدَّةِ فلأن العدَّةَ وُضِعتْ للاستِبْراءِ، ولا يَجِبُ على الإنسانِ الاستِبْراءُ مِن ماءِ نفْسِه، ولأنا إنما منَعْنا غيرَه مِن تزويجِها؛ لأنها محبوسةٌ لحقِّ مَن تعتدُّ منه، فلا يَجوزُ العقدُ عليها لغيرِه كما لا يَجوزُ عقدُ الراهِنِ على الرهْنِ، فإذا كانتْ تعتَدُّ منه، فالحقُّ له فلا يُمْنَعُ العقدَ، كما يَجوزُ عقدُ الراهن مع المرْتَهِنِ.

وأما جوازُ تزويجِها بعْدَ انقضاءِ العدَّةِ فلقولِه تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِۖ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ثُمَّ قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥۗ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فظاهِرُه يقْتَضِي أن الطلْقةَ الثالثةَ إذا لم تُوجَدْ فله أن يَعقِدَ عليها قبْلَ أن تتزوَّج بزوجٍ آخَرَ.

قال: وإن كان الطلاقُ[1] ثلاثًا في الحرَّةِ، أو تطليقتَيْنِ في الأَمَةِ، لم تَحِلَّ له حتى تَنْكِحَ زوجًا غيرَه نكاحًا صحيحًا، ويَدْخُلَ بها، ثُمَّ يُطلِّقَها أو يموتَ عنها.

(١) من (أ٢، ق، نسخة مختصر القدوري)، وهو الموافق لما في «الهداية» (٢/ ٢٥٧)، و«العناية» (٤/ ١٧٧)، و«البناية» (٥/ ٤٧٤)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٥٣).



والأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾ [البقرة: ٢٣٠] فدلَّ على أن التطليقةَ[١] الثالثةَ يتعلَّق بها تحريمٌ لا يَرْتَفِعُ إلا بزوجٍ.

وإنما قُلنا: يَجِبُ أن يتزوَّجها الثاني تزويجًا صحيحًا، لقولِه تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[٢]. والزوجُ لا يكونُ إلا في نكاحٍ صحيحٍ[٣]، ولا تَحِلُّ للزوجِ الأوَّلِ بالعقدِ الثاني حتى يَدْخُلَ بها الثانِي[٤].

وقال سعيدُ بنُ جُبيرٍ: «تَحِلُّ بنفْسِ العقْدِ»[٥].

(١) في (ح): «المطلقة»، وفي (ي): «الطلقة».

(٢) قال في حاشية (ح): «وسواء كان الزوج الثاني بالغًا أو صبيًّا يجامع أو مجنونًا، وسواء كان حرًّا أو عبدًا، قنًّا أو مدبرًا أو مكاتبًا بعد أن يزوج بإذن مولاه ودخل بها، وأما المجبوب فإنه لا يحلها للأول، وإن حبلت امرأة المجبوب وولدت، قال أبو يوسف: تحل للأول وتكون محصنة. وقال زفر: لا تحل للأول ولا تكون محصنة، وهو قول الحسن. بدائع». ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٩).

(٣) قال في حاشية (ح): «وإذا تزوجت النصرانية بنصراني ودخل بها حلت على المسلم الذي طلقها ثلاثًا. خلاصة».

(٤) قال في حاشية (ح): «ولو ادَّعت المرأة دخول المحلل صدقت وإن أنكر هو وكذا على العكس. زيلعي».

(٥) ذكره أبو جعفر النحاس في «معاني القرآن» (١/ ٢٠٦).

وأخرجه سعيد بن منصور (١٩٨٩-الأعظمي) من طريق سعيد بن المسيب: «أما الناس فيقولون حتى يجامعها، وأما أنا فإني أقول: إذا تزوجها تزويجًا صحيحًا لا يريد بذلك إحلالًا لها، فلا بأس أن يتزوَّجها الأول».

قال ابن المنذر في «الأوسط» (٩/ ٢٧٥): «وهذا قول ما نعلم أحدًا من أهل العلم وافقه عليه، وإنما قال مثل قول سعيد طائفة من أهل الخوارج». وينظر: «الاستذكار» (١٦/ ١٥٦)، =



لنا: ما رُوِي في حديثِ ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سُئِل وهو على المنبَرِ مِن رجلٍ طلَّق امرأتَه ثلاثًا فتزوَّجها غيرُه، فأغْلَق بابًا، وأَرْخَى سِتْرًا، وكشَف الخمارَ، ثُمَّ فارَقها؟ قال: «لَا تَحِلُّ لِلْأَوَّلِ حَتَّى تَذُوقَ عُسَيْلَةَ الآخرِ»(١).

وعن عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أن امرأةَ رِفاعةَ القُرَظِيِّ(٢) أتتْ رسولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالتْ: يا رسولَ اللَّهِ، إن رفاعةَ قد بتَّ طلاقِي، وإني تزوَّجْتُ بعبدِ الرحمنِ بنِ الزَّبيرِ، وإنَّ ما عندَه مِثْلُ هُدْبِ(٣) الثوبِ. فقال رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَتُرِيدِينَ أَنْ تَرْجِعِي إِلَى رِفَاعَةَ(٤)، لَا حَتَّى تَذُوقِي عُسَيْلَتَهُ، وَيَذُوقَ عُسَيْلَتَكِ»(٥).

و«نصب الراية» (٣/ ٢٣٨)، و«تفسير ابن كثير» (٢/ ٣٥٦)، و«فتح الباري» (٩/ ٤٦٧).

(١) أخرجه عبد الرزاق (١١١٣٥)، وابن أبي شيبة (١٧٢١٥)، وأحمد (٤٧٧٦، ٥٢٧٧، ٥٢٧٨)، والنسائي (٣٤١٥).

(٢) قال في حاشية (ح): «اسمها تهمة بنت وهب».

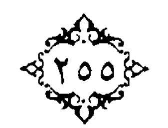
(٣) في (ر، ي): «هدبة»، وهو الموافق لما في مصدري التخريج، وهدبة الثوب: أرادت متاعه، وأنه رخو مثل طرف الثوب، لا يغني عنها شيئًا. ينظر: «النهاية» (٥/ ٢٤٩).

(٤) بعده في (س): «قالت: نعم قال».

(٥) أخرجه البخاري (٢٦٣٩)، ومسلم (١٤٣٣).

قال في حاشية (ح): «فجاء عبد الرحمن ومعه ابنان له من غيرها، فقال: كذبت واللَّه يا رسول اللَّه، إني لأنفضها نفض الأديم، ولكنها ناشز تريد رفاعة. فقال رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: فإن كان ذلك تحلين له أو لم تصلحين له حتى يذوق من عسيلتك، قال: وأبصر معه ابنين له فقال: أبنوك هؤلاء فقال: نعم هذا الذي ترعين أما ترعين [....]».

وقال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢١٩): «العُسَيْلَة: تصغير العَسَلة، وهي القطعة من العسل، كاللحمة والشحمة للقطعة منهما، وقد ضرب مثلًا لإصابة حلاوة الجماع ولذته، وإنما صغرت إشارة إلى القدر الذي يحل. وقيل: على إعطائها معنى النطفة». ينظر: «المغرب» (٢/ ٦٢).



فإن قيل: قولُه تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾ يَقْتَضِي وقوعَ الإباحةِ بنفْسِ النكاحِ.

قيل له: لمَّا ذكَر اللَّهُ تعالى النكاحَ[1] والزوجَ دلَّ على اعتبارِ الوَطْءِ، ولو كفَى أحدُهما لاقْتَصَر عليه، فإذا وَطِئها الزوجُ الثاني ارْتَفَع تحريمُ الطلاقِ، فإذا طلَّقها الثاني وانْقَضَتْ عِدَّتُها صارتْ أجنبيةً لا عقْدَ عليها، فلا تَحِلُّ للأوَّلِ إلا بعقْدٍ[2].

قال: والصبيُّ المُراهِقُ في التحليلِ كالبالِغِ.

لقولِه تعالى: ﴿حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوْجًا غَيْرَهُۥ﴾، وهذا يُسمَّى زوجًا؛ ولأن المراهِقَ يتعلَّق به أحكامُ النكاحِ فصار كوَطْءِ البالِغِ، وكذلك إن كانتِ الزوجةُ أمةً فطلَّقها زوجُها تطليقَتَيْنِ لم تَحِلَّ إلا بعْدَ زوجٍ؛ وذلك لأن جميعَ ما يَمْلِكُه زوجُ الأَمَةِ منها تطليقتانِ، فيكونُ بمنزلةِ الطلاقِ الثلاثِ في حقِّ الحرَّةِ[3]، فلا تَحِلُّ إلا بعْدَ زوجٍ[4].

---

(١) من هنا يبدأ خرم في النسخة (ق)، وينتهي في كتاب العتق، عند قول المصنف: «فقد عتق كله ليس للَّه فيه شريك».

(٢) قال في حاشية (ح): «وفي فتاوى الوبري: الشيخ الكبير الذي لا يقدر على الجماع لو أولج بمساعدة اليد لا يحلها. ذكره التمرتاشي كاكي».

«قال صدر الإسلام: لو زوجت المطلقة ثلاثًا نفسها من غير كفء، دخل بها الزوج، ثُمَّ طلقها، لا تحل على الزوج الأول على ما هو المختار من رواية الحسن، وفي الحقائق هذا مما يجب حفظه لكثرة وقوعه. كاكي».

(٣) في (أ، ض، ع): «الحر».

(٤) قال في حاشية (ح): «رجل تزوج بجارية الغير بإذن مالكها، ثُمَّ طلقها، ثُمَّ اشتراها إن طلقها واحدة تحل له وعدَّتُه لا تمنع حلَّ وطئِه، وإن طلقها ثنتين، ثُمَّ اشتراها لا تحل ولا ترتفع =

قال: ووَطْءُ المَوْلى أمته[1] لا يُحِلُّها.

لأن اللَّهَ تعالى شرَط في التحليلِ وَطْءَ الزوجِ، والمَوْلى ليس بزوجٍ، ورُوِي: «أن عثمانَ سُئِل عن ذلك وعندَه عليٌّ، وزيدُ بن ثابتٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فرخَّص في ذلك عثمانُ، وزيدُ بن ثابتٍ، وقالا: هو زوجٌ. فقام عليٌّ مُغضَبًا كارِهًا لِما قالا، وقال: ليس بزوجٍ»[2].

وقد قال أصحابنا: إن الزوجَ الثانِي إذا وَطِئها في حالِ الحيضِ، أو حالِ الإحرامِ، أو في الصومِ فإنها تَحِلُّ بذلك؛ لأنه وَطْءٌ أوجَبه النكاحُ، والتحريمُ فيه عارِضٌ فصار كوَطْءِ المريضةِ[3].

فأما الوَطْءُ بالعقدِ الفاسِدِ، فلا يُحِلُّها لِما بيَّنَّا أن المعْتبَرَ الوَطْءُ في النكاحِ الصحيحِ، ولأنه وَطْءٌ لم يُوجِبْه عقْدُ نكاحٍ فصار كالوَطْءِ بشبهةٍ[4]، وعلى هذا إذا كان العقدُ الثاني مختلفٌ[5] في فسادِه فالوَطْءُ فيه لا يَقَعُ به التحليلُ.

قال: وإذا تزوَّج بها بشَرْطِ التحليلِ، فالنكاحُ مكْرُوهٌ، فإن وَطِئها حلَّتْ للأوَّلِ.

الحرمة الغليظة بدون الزوج الثاني. خلاصة».

(١) ليس في (أ، أ٢، ض، ع، غ)، وفي (ر، س، ل، ي): «الأمة».

(٢) أخرجه سعيد بن منصور (١٤٩٠-الأعظمي)، وابن أبي شيبة (١٦٩٩٩).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٩)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ١٨٠)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ٢٥٩).

(٤) في (أ٢، ح، غ): «بالشبهة».

(٥) في (ر، ي): «مختلفًا».



أمـا إذا نـوَى التحليـلَ ولـم يَشْـتَرِطْ[1] فـي العقدِ بقولٍ، ودخَـل بهـا علـى ذلك فإنها تَحِلُّ للأوَّلِ في قولِهم؛ لأنه نكاحٌ صحيحٌ فَنِيَّةُ ما يُفْسِدُه لا تؤثِّرُ فيه، كما لو نَوَيا[2] التأْجِيلَ.

وأمـا إذا شـرَطا الإحـلالَ بالقـولِ فالنكاحُ صحيـحٌ عنـدَ أبي حنيفـةَ، وزفرَ، ويُكْرَهُ للثاني ويَحِلُّ للأوَّلِ.

وقال أبو يوسفَ: النكاحُ الثاني فاسِدٌ، فإنْ وَطِئها لـم تَحِلَّ للأوَّلِ.

وقال محمدٌ: النكاحُ الثاني صحيحٌ، ولا تَحِلُّ[3] للأوَّلِ[4].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، وزفرَ: أن النهيَ عنه ليس لمعْنًى في نفْسِ المنْهِيِّ عنه، وإنما هو في غيرِ المعقودِ عليه، فلا يُفْسِدُ النكاحَ كسائرِ الشروطِ، إلا أنه يُكْرَهُ لِما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أنه لعَنَ[5] المحلِّلَ والمحلَّلَ له»[6].

(١) في (أ، ض، ل): «يشرطه»، وفي (ح، ر، ع، غ): «يشترطه».

وقال في حاشية (ح): «قال بعض مشايخنا: إذا تزوج ليحلَّها للأول فهو مأجور إذا نوى بقلبه دون لسانه. أصغر».

(٢) في (أ، س، ظ، ع، ي): «نوى».

(٣) رسمت في (أ، ح، ض) بغير نقط أوله، وفي (ر، س، ظ، ع): «يحل».

وقال في حاشية (ح): «قال بعض مشايخنا: إذا تزوج ليحلها للأول فهو مأجور إذا نوى بقلبه دون لسانه. أصغر».

(٤) ينظر: «المبسوط» (٣٠/ ٢٢٨)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٧)، و«البناية» (٥/ ٤٨٢).

(٥) في (ر، ي): «قال: لعن اللَّه».

(٦) أخرجه أبو داود (٢٠٧٦، ٢٠٧٧)، والترمذي (١١١٩)، وابن ماجه (١٩٣٥) من حديث علي. وأخرجه الترمذي (١١٢٠)، والنسائي (٣٤١٦) من حديث ابن مسعود. قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح»



وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «أَلَا أُنَبِّئُكُمْ بِتَيْسٍ مُسْتَعَارٍ؟». قالوا: بلى يا رسولَ اللَّهِ، قال: «الرَّجُلُ يَتَزَوَّجُ لِيُحِلَّهَا لِزَوْجِهَا»[1].

ولأن ذلك في معْنى التوقيتِ، والتوقيتُ إذا شُرِط في العقدِ أَفْسَده، وإذا ثبَت عندَه أن النكاحَ فاسِدٌ لم يَقَعْ به التحليلُ.

وجْهُ قولِ محمدٍ في صحةِ العقدِ ما قاله أبو حنيفةَ[2]، وإنما لم يَقَعْ به التحليلُ؛ لأنه استَعْجَل ما أخَّره اللَّهُ تعالى عنه[3]، فصار كمَن قتَل أباه.

قال: وإذا طلَّق الرجل الحُرَّةَ تطليقةً أو تطليقتَيْنِ فانقَضتْ عِدَّتُها وتزوَّجتْ بزوجٍ آخَرَ، ثُم عادتْ إلى الأوَّلِ عادتْ بثلاثِ تطليقاتٍ، ويَهْدِمُ الزوجُ الثاني ما دُونَ الثلاثِ مِن الطلاقِ كما يَهْدِمُ الثلاثَ.

وقال محمدٌ: لا يَهْدِمُ ما دُونَ الثلاثِ[4]، وهو قولُ الشافعيِّ[5].

لنا: أنه وطْءٌ مِن زوجٍ ثانٍ فوجَب أن يَرْفَعَ الحكْمَ المتعلِّقَ بالطلاقِ، أصلُه

(١) أخرجه ابن ماجه (١٩٣٦)، والدارقطني (٣٦١٨) من حديث عقبة بن عامر. قال عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (٣/ ١٥٧): «إسناده حسن». وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٣٩-٢٤٠)، و«الدراية» (٢/ ٧٣).

(٢) بعده في (ح): «وزفر».

(٣) ليس في (ح، ي).

(٤) ينظر: «الأصل» (٤/ ٤٧٠)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٢٧)، و«الهداية» (١/ ٢٤٦).

(٥) ينظر: «الأم» (٤/ ٩٢)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٩٩)، و«الحاوي» (١٠/ ٢٨٦)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٢٧٥)، و«بحر المذهب» (١٠/ ١٥٢).



إذا كان ثلاثًا، ولأنها فارقتِ الأجنبياتِ بالطلاقِ بدليلِ أنه إذا تزوَّج الأجنبيةَ ملَك منها ثلاثَ تطليقاتٍ ولا يَمْلِكُ ذلك منها، فوجَب أن يُلْحِقَها وَطْءُ الزوج الثانِي بالأجنبياتِ، أصلُه المطلَّقةُ ثلاثًا.

فإن قيل: وَطْءُ الزوجِ الثاني لا يُحتاجُ إليه في إباحتِها للزوجِ الأوَّلِ، فلا يَرْفَعُ حكْمَ الطلاقِ، أصلُه وَطْءُ المُولِي.

قيل له: لا نُسَلِّمُ؛ لأن وَطْءَ الزوجِ الثانِي، وإن لم يُحْتَجْ إليه في الإباحةِ في مستقبَلِ النكاحِ، فإنه يُحتاجُ إليه في أَعْجازِ النكاحِ؛ لأنه إذا تزوَّجها قبْلَ زوجٍ وطلَّقها بقيةَ الطلاقِ حرُمتْ عليه، ولو عادتْ إليه بعْدَ زوجٍ وطلَّقها ذلك الطلاقَ لم تَحْرُمْ عليه، فإذًا وَطْؤُه[1] يُحتاجُ إليه في الإباحةِ عندَنا، والمعْنى في وَطْءِ المُولِي أنه لا يُؤثِّرُ في الثلاثِ فلم يُؤثِّرْ فيما دُونَها، ووَطْءُ الزوجِ الثاني يؤثِّرُ في الثلاثِ، فجاز أن يؤثِّرَ فيها دُونَها.

وهذه المسألة فيها خلافٌ بينَ السلَفِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ؛ فرُوِي عن ابنِ عمرَ، وابنِ عباسٍ، وسعيدِ بنِ جُبيرٍ مثْلُ قولِنا، ورُوِي عن عليٍّ، وزيدٍ، ومعاذٍ، مثْلُ قولِ محمدٍ[2].

قال: وإذا طلَّقها ثلاثًا فقالتْ: قد انْقَضتْ عِدَّتِي، وتزوَّجتُ، ودخَل بي الزوجُ، وطلَّقَني وانْقَضتْ عِدَّتِي، والمُدَّةُ تَحْتَمِلُ ذلك، جاز للزوجِ أن يُصدِّقَها إذا كان في غالِبِ ظنِّه أنها صادِقةٌ.

---

(١) في (أ٢، ر، س، غ، ل، ي ع): «وطؤها».

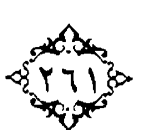
(٢) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١١١٤٩-١١١٧٠)، و«سنن سعيد بن منصور» (١٥٢٥-١٥٣٨/ الأعظمي)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٨٦٨٨-١٨٧٠٦).

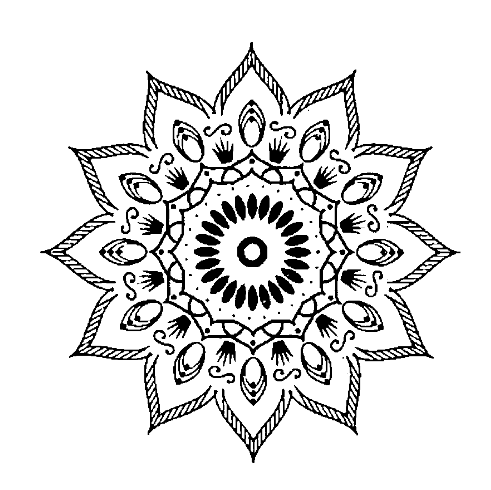


وذلك لأن هذا خبَرٌ مِن أخبارِ الدِّين فيُقْبَلُ[1] فيه قولُ المرأةِ كالخبرِ عن رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ.

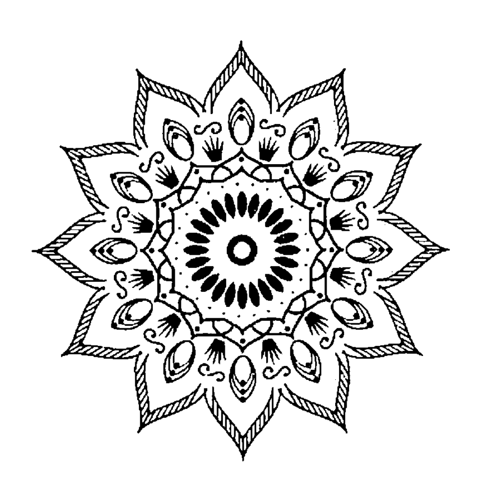
واللَّهُ أعلمُ

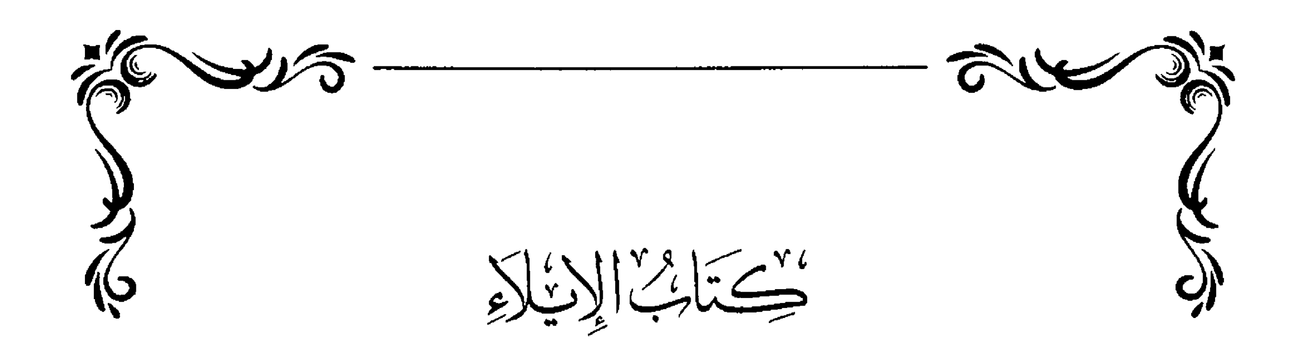
(١) في (س، ي): «فقبل».





كِتَابُ الإِيلَاءِ





كتاب الإيلاء

الإيلاءُ في اللغةِ: عبارةٌ عن اليمينِ.

قال الشاعرُ(١):

قَليـلُ الألَايَـا حَافِـظٌ لِيَمِينِـهِ   إِذَا بَدَرَتْ(٢) منه الأَلِيَّةُ(٣) بَرَّتِ(٤)

وهو في الشرعِ: عبارةٌ عن اليمينِ على تَرْكِ وَطْءِ الزوجةِ مدَّةً مخصوصةً، فالاسمُ شَرْعِيٌّ فيه معْنى اللغةِ، والدليلُ على انعقادِ الإيلاءِ قولُه تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ﴾ [البقرة: ٢٢٦] الآيةَ، وقد كان الإيلاءُ (٥طلاقَ أهلِ٥) الجاهليةِ فجعَلتْه الشريعةُ طلاقًا مُؤَجَّلًا يتعلَّقُ بمُضِيِّ المدَّةِ إذا عُدِم فيها الفَيْءُ، إذا ثبت هذا تكلَّمْنا على ما ذكَره في الكِتابِ.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا قال الرجلُ لامرأتِه: واللَّهِ لا أَقْرَبُكِ أربعةَ أَشْهُرٍ، أَوْ لا أَقْرَبُكِ فهو مُولٍ.

---

(١) البيت من الطويل، وينسب لكُثَيِّر عزة، وهو في ديوانه (ص٣٨).

(٢) قال في حاشية (ح): «قوله: بدرت هو بالباء، من قولهم: بدر منه كلام، أي: سبق والبادرة البديهة. مغرب». وينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (١/ ٢١٤).

(٣) الألية: اليمين وجمعه الألايا. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٦١).

(٤) برت: أي: صارت صادقة، يعني: لا يحنث هو فيها. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٦١)، و«لسان العرب» (١٤/ ٤٠)، و«المصباح المنير» (ص٢٠).

(٥-٥) في (س، ض): «طلاقًا في».

أما إذا حلَف على الأبَدِ فهو مُولٍ بإجماعِ الأُمَّةِ، وأما إذا حلَف على تَرْكِ وَطْئِها أربعةَ أشهرٍ فهو مولٍ أيضًا عندَنا[1].

وقال الشافعيُّ: لا يكونُ مُولِيًا حتى يَحْلِفَ على أكثرَ مِن أربعةِ أَشْهُرٍ مدَّةً يُمْكِنُ أن يُوقِفَه[2] القاضي فيها[3].

لنا: قولُه تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة: ٢٢٦] [4]فذكَر اللَّهُ تعالى مدَّة أربعةِ أشهُرٍ[4] ولم يَزِدْ عليها، فمَن قال: إن الحكْمَ يتعلَّقُ بزيادةٍ على الأربعةِ فهو تاركٌ للظاهِرِ، ولأنها مدَّةٌ ورَد القرآنُ بها بلفظِ التربُّصِ فلا يَجوزُ الزيادةُ عليها كمُدَّةِ العِدَّةِ.

وهذه المسألةُ مَبْنيَّةٌ على أن البينونةَ تَقَعُ بمُضِيِّ المدَّةِ عندَنا فلا معنى لاعتبارِ الزيادةِ عليها، وإنما المعْتَبَرُ بقاءُ اليمينِ إلى حينِ وقوعِ الفُرْقةِ، والشافعيُّ بنَى على أَصْلِه أنَّ مدَّةَ الفَيْءِ بعْدَ الأربعةِ الأشهرِ، فلا بُدَّ مِن بقاءِ اليمينِ إلى مدَّةِ الفَيْءِ، كما لا بُدَّ مِن بقائِها عندَنا في مدَّةِ الأشهرِ؛ لأنها مُدَّةُ الفَيْءِ.

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنه لو عقَدَ على خمسةِ أشهرٍ صحَّ الإيلاءُ، فلو لم تُطالِبْه بالفَيْءِ

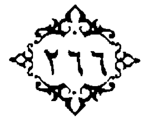
---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٠٣)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٧١)، و«العناية» (٤/ ١٨٨).

(٢) في (أ٢، ل، ي): «يوقعه»، ورسمت في (ر) محتملة للوجهين، والمثبت موافق لما في «التجريد» (١٠/ ٥٠٣٥)، ولما سيأتي من كلام الشارح قريبًا في قوله: «فإذا طالبت المرأة بعد المدة بالفيء أوقفه الحاكم».

(٣) في (ل): «فيه». وينظر: «الأم» (٥/ ٢٨٥)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٠٢)، و«الحاوي» (١٠/ ٣٤٠)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٣٠).

(٤-٤) ليس في (ح، ل).



حتى مضَتْ سنةٌ ثبَت[1] حكْمُ الطلاقِ عندَهم، وإن مضَتِ اليمينُ، كذلك إذا عقَد على أربعةِ أشهرٍ فمضتْ جاز أن يثبُتَ حكْمُ المطالبةِ وإن لم يكن يمينٌ.

فإن قيل: الطلاقُ عندَكم يَقَعُ بعْدَ الأربعةِ الأشهرِ ولا يمينَ، والواجِبُ بقاءُ اليمينِ إلى حينِ وقوعِ الطلاقِ.

قيل له: المدَّةُ عندَنا مُضِيُّها هو الموجِبُ لوقوعِ الطلاقِ فصار كقولِه: إنْ دخَلْتِ الدارَ فأنتِ طالِقٌ. أنه يَحْنَثُ بدخُولِ الدارِ، ويَقَعُ الطلاقُ بعْدَ الدخولِ ولا يمينَ، كذلك هذا.

قال: فإن وَطِئها في الأربعةِ الأشهرِ حَنِث في يَمِينِه، ولَزِمَتْه الكفارةُ، وسقَط الإيلاءُ.

وذلك لأنه فعَل ما حلَف على تَرْكِه مع بقاءِ اليمينِ فحَنِث، كما لو كانت يمينُه على غيرِ الوَطْءِ، وإذا حَنِث لَزِمَتْه الكفارةُ لأنها مُوجَبُ الحِنْثِ، ويَسقُطُ الإيلاءُ؛ لأن اليمينَ قد انْحَلَّتْ بالحِنْثِ فيها.

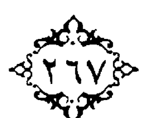
وقد قال الشافعيُّ في قولِه القديمِ: إذا فاءَ إليها في المدَّةِ بالوَطْءِ فلا كفارةَ عليه[2].

وهذا لا يَصِحُّ لقولِه عَلَيْهِ السَّلَامُ: «مَنْ حَلَفَ عَلَى يَمِينٍ فَرَأَى غَيْرَهَا خَيْرًا مِنْهَا فَلْيَأْتِ الذِي هُوَ خَيْرٌ وَلْيُكَفِّرْ عَنْ[3] ....

(١) في (ح): «يثبت».

(٢) ينظر: «المهذب» (٣/ ٥٩)، و«بحر المذهب» (١٠/ ١٩٩)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٣٠).

(٣) ليس في (أ، س، ع، ي)، وفي (ظ): «على».



يَمِينِهِ»[1]. ولأنه تاركٌ لوَطْئِها بيمينٍ باللَّه[2] تعالى، فإذا وَطِئها مع بقاءِ اليمينِ لَزِمَتْه الكفارةُ، كما لو حلَف على وَطْءِ أَمَتِه[3].

فإن قيل: الإيلاءُ يُوجِبُ الفَيْءَ أو عزيمةَ الطلاقِ، فإذا اختار عزيمةَ الطلاقِ لم تَجِبِ الكفارةُ، كذلك إذا اختار الفَيْءَ.

قيل له: إذا اختار عزيمةَ الطلاقِ[4] فقد وفَّى باليمينِ، وإذا فاءَ في المدَّةِ فقد فعَل المحلوفَ عليه فحَنِث[5]، ولا[6] يُقال إذا لم تَجِبِ الكفارةُ على مَن لم يَحْنَثْ لا تَجِبُ على الحانِثِ.

قال: وإذا لم يَقْرَبْها [7]حتى مضتِ المُدَّةُ[7] بانَتْ منه[8] بتطليقةٍ[9].

ورُوِي مثلُ ذلك عن عليٍّ، وابنِ مسعودٍ، وابنِ عباسٍ، وزيدِ بنِ ثابتٍ، وعثمانَ، وابنِ عمرَ، ومسروقٍ، والحسنِ، وابنِ سيرينَ، ومحمدِ ابنِ الحنفيةِ، وابنِ المسيِّبِ، ومجاهدٍ[10].

---

(١) أخرجه البخاري (٦٦٢٢)، ومسلم (١٦٥٢) من حديث عبد الرحمن بن سمرة، وأخرجه مسلم (١٦٥٠) من حديث أبي هريرة، وفي (١٦٥١) من حديث عدي بن حاتم.

(٢) في (ي): «اللَّه».

(٣) في (ي): «امرأته».

(٤-٤) ليس في (أ٢، ر، س).

(٥) في (ح، ي): «فيحنث».

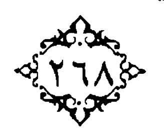
(٦) في (أ٢، س، ظ، غ): «فلا».

(٧-٧) في (ي): «في المدة حت مضت أربعة أشهر».

(٨) ليس في (ح، غ).

(٩) بعدها في (ر، س): «بائنة»، وفي (ض، ل): «بائن».

(١٠) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١١٦٠٤، ١١٦٠٥، ١١٦٣٨، ١١٦٣٩، ١١٦٤١، ١١٦٤٤، ١١٦٤٥، ١١٦٥٢)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٨٨٦٢-١٨٨٧٤)، و«الأوسط» (٩/ ٣٥٨).



وقال الشافعيُّ: لا يَقَعُ الطلاقُ بمُضِيِّ المدَّةِ، فإذا طالبتِ المرأةُ بعْدَ المدَّةِ بالفَيْءِ أَوْقَفه الحاكِمُ[1] فإن فاءَ وإلَّا طلَّقها الحاكِمُ، في أحدِ قولَيْه. وقال في قولٍ آخَرَ: يَحْبِسُه إلى أن يُطلِّقَ[2].

دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿وَإِنْ عَزَمُوا الطَّلَاقَ﴾[البقرة: ٢٢٧]. قال ابنُ عباسٍ: «عزيمةُ الطلاقِ انْقِضاءُ أربعةِ أشهُرٍ لا فَيْءَ فيها»[3]. فإن كان قال ذلك مِن جهةِ اللغةِ فهو حجةٌ فيها، وإن كان بيَّن هذا الاسمَ مِن جهةِ الشرعِ فأسماءُ الشرعِ إنما تُؤْخَذُ مِن صاحبِ الشرعِ، فكأنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال ذلك.

وإذا ثبَت أن مُضِيَّ الأشهرِ مِن غيرِ فيْءٍ هو عزيمةُ الطلاقِ استحال أن يثبُتَ الفَيْءُ[4] بعْدَها؛ لأن اللَّه تعالى لم يَجْعَلْ[5] له الأَمْرَيْنِ[6]، وإنما جعَل له أحدَهما، ولأنها مدَّةٌ للتربُّصِ[7] ثبَت ابتداؤُها بقولِ الزوجِ، فوجَب أن تَقَعَ البينونةُ بانقضائِها، أصلُه مدَّةُ العِدَّةِ.

فإن قيل: مدةُ الإيلاءِ ضُرِبتْ لإزالةِ الضررِ بفَقْدِ الوَطْءِ فوجَب أن لا[8] تَتعقَّبها البينونةُ، أصلُه أَجَلُ العُنَّةِ.

---

(١) في (ح، ض): «القاضي».

(٢) ينظر: «المهذب» (٣/ ٦١)، و«التهذيب» (٦/ ١٢٨)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٥٥).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١١٦٤٠، ١١٦٤٢)، وسعيد بن منصور (٣٧٦- دار الصميعي)، وفي (١٨٩٣-الأعظمي) وابن أبي شيبة (١٨٨٦٧، ١٨٩٢٤).

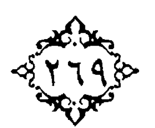
(٤) في (ح): «الذي»، وأشار في الحاشية أنه كالمثبت في نسخة، وفي (أ٢، غ): «الفيء الذي».

(٥) في (أ٢): «يحل».

(٦) في (ي): «أمدين».

(٧) في (أ٢): «معلومة للتربص» وفي (ح، ر، س، ل): «التربص».

(٨) ليس في (أ، ح، ع).



قيل له: لا فرْقَ بينَهما لأن مدَّةَ الإيلاءِ يُبْطِلُها الوَطْءُ، فإذا مضتِ المدَّةُ فات الوَطْءُ وتعلَّق الطلاقُ بِفَواتِه، ومدَّةُ العُنَّة يُبْطِلُها وجودُ الوَطْءِ، فإذا مضتِ المدَّةُ فات الوَطْءُ بعْدَ ذلك فثبَت لها الخيارُ.

وإذا ثبَت وقوعُ الطلاقِ بمُضِيِّ المدَّةِ فإنه يكونُ بائنًا؛ لأنها فُرقةٌ مِن طريقِ الحكْمِ، والفُرقةُ الواقِعةُ مِن طريقِ الحكْمِ تكونُ بائنةً.

قال: فإن كان حلَفَ على أربعةِ أشهُرٍ فقد سقَطَتِ اليمينُ.

وهذا صحيحٌ؛ لأن اليمينَ المؤقَّتةَ تَنْحَلُّ بمُضِيِّ المدَّةِ، ولا يَلْزَمُه أكثرُ مِمَّا حلَفَ عليه.

قال: وإن كان حلَفَ على الأَبدِ فاليمينُ باقِيةٌ.

وذلك لأن اليمينَ إذا لم تكُن مؤقَّتةً، فإنها لا تَنْحَلُّ إلا بالحِنْثِ أو فِعْلِ[1] المحلوفِ عليه، ولم يُوجَدْ ذلك فتكونُ بحالِها.

قال: فإن عادَ فتزوَّجها عادَ الإيلاءُ، فإنْ وَطِئها وإلَّا وقَعتْ[2] بمُضِيِّ أربعةِ أشهُرٍ تَطْليقةٌ[3] أُخْرَى، فإن تزوَّجها[4] عاد الإيلاءُ، [8]ووقَع[5] عليها بمُضِيِّ أربعةِ أشهُرٍ[6] أخرى، فإن تزوَّجها بعْدَ زوجٍ[7] لم يَقَعْ بذلك الإيلاءِ[8] طلاقٌ[9].

(١) في (أ٢، ر، س، ض، ل): «فوت». (٢) في (ي): «ووقع عليها».

(٣) ليس في (أ، س، ض، ظ، ع، غ)، وفي (أ٢، ل): «طلقة».

(٤) في (ي): «عاد فتزوجها». ومن هنا يبدأ خرم في المخطوط (ر، ل) ظاهره أنه عن انتقال نظر من ناسخ أصلهما. (٥) في (ي): «ووقعت».

(٦) بعده في (أ٢): «طلقة»، وفي (ي): «تطليقة».

(٧) بعدها في (ي، نسخة مختصر القدوري): «آخر».

(٨-٨) ليس في (غ). (٩) في (ي): «شيء واليمين بحالها».



وذلك لأنها إذا بانتْ بمُضِيِّ المدَّةِ حصَل ابتداءُ المدَّةِ الثانيةِ وهي أجنبيةٌ لا حقَّ لها في الوَطْءِ، فلا يتعلَّقُ بمُضِيِّ المدَّةِ فُرْقةٌ، فإذا تزوَّجها عاد حقُّها في الوَطْءِ واليمينُ بحالِها لم تَنْحَلَّ، فيعودُ الإيلاءُ على أَصْلِنا أنَّ زوالَ الملْكِ لا يُوجِبُ بُطْلانَ اليمينِ على ما نُبيِّنُه[1] في موضعِه، وإذا عادَ الإيلاءُ ومضَتْ مُدَّةُ أربعةِ أشهرٍ مِن وقتِ تزوُّجِها، ولم يَطَأْها[2] فيها[3] وقعتْ [4]عليها تطليقةٌ[4] أُخْرى، ويَسقُطُ[5] حقُّها مِن الوطْءِ فيسقُطُ الإيلاءُ واليمينُ بحالِها.

فإن تزوَّجها عاد حقُّها في الوَطْءِ فعاد الإيلاءُ ووقَع عليها تطليقةٌ أخرى بمُضِيِّ أربعةِ أشهرٍ إن لم يُوجَدْ منه الوَطْءُ فيها، فإن تزوَّجها[6] بعْدَ وقوعِ الثلاثِ[7] بعْدَ زوجٍ فمضَتْ أربعةُ أشهر لم يطأْها فيها لم يَقَعْ عليها شيءٌ؛ لأنه استَوْفى طلاقَ الملْكِ الذي حلَف فيه، ثُمَّ استفاد طلاقًا لم يكن في ملْكِه يومَ اليمينِ، ولا أضافَ يَمِينَه إليه ولا[8] هو تابعٌ لِما كان في ملْكِه فلم يَقَعْ[9].

---

(١) في (ع): «بينته».

(٢) في (ظ، ع): «يطأ»، وفي (ي): «يطلقها».

(٣) ليس في (س، ي).

(٤-٤) في (ي): «الفرقة بتطليقة».

(٥) في (أ٢، س): «سقط».

(٦) هنا ينتهي الخرم في المخطوط (ر، ل) المشار إليه آنفًا.

(٧) في (ل): «الطلاق».

(٨) ليس في (س).

(٩) قال في حاشية (ح): «ولو بانت بالإيلاء مرة أو مرتين وتزوجت بزوج آخر وعادت إلى الأول عادت إليه بثلاث تطليقات، وتطلق كلما مضى أربعة أشهر، حتى تبين منه بثلاث تطليقات، وكذا في الثاني والثالث إلى ما لا يتناهى، وفيه خلاف محمد، وهي مبنية على مسألة الهدم وقد بيَّنَّاها من قبل. زيلعي».



وقال زفرُ: يَقَعُ عليها الطلاقُ. وبَناهُ على أصْلِه أن استِيفاءَ طلاقِ المِلْكِ لا يَمْنَعُ وقوعَ الطلاقِ باليمينِ(١).

قال: واليمينُ باقيةٌ فإنْ وَطِئها كفَّر عن يمينِه.

وذلك لِما بيَّنَّا أن اليمينَ لا تَنْحَلُّ إلا بِحِنْثٍ أو فِعْلِ(٢) المحلُوفِ عليه ولم يُوجَدْ، وإذا كانت باقيةً فوَطِئها حَنِث ولَزِمَتْه(٣) الكفارةُ؛ لأنها مُوجَبُ الحِنْثِ.

قال: وإن حلَف على أقلَّ مِن أربعةِ أشهُرٍ لم يكُن مُولِيًا.

وقال نفاةُ القياسِ: يكونُ مُولِيًا ولو حلَف على ساعةٍ(٤).

وهذا لا يَصِحُّ لقولِه تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ﴾ [البقرة:٢٢٦]. فخصَّه بهذه المدَّةِ، فلو صحَّتِ اليمينُ على ما دُونها لم يكن للتخصيصِ معنًى.

قال: وإنْ حلَف بحجٍّ، أو بصومٍ، أو بصدقةٍ، أو عِتقٍ، أو طلاقٍ (٥فهو مُولٍ٥).

وجملةُ ما يُقالُ في هذا أن الإيلاءَ عندَ أصحابِنا هو كلُّ يمينٍ في زوجةٍ مُنِعتْ جماعَ المدَّةِ المشروطةِ إلا بمعْنًى يَلْزَمُه يتعلَّقُ بالأيمانِ أو بتعْيينِ إيلاءٍ، فعلى هذا إذا حلَف بالعِتْقِ، والصدقةِ، والصومِ كان مُولِيًا؛ لأن ذلك مِن أحكامِ الأيمانِ،

---

(١) قال في حاشية (ح): «إن التكرار لا ينتهي بالثلاث عنده». وينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٧٨).

(٢) في (ر، س،): «فوت»، وفي (ض، ل)، وفي (ي): «بفعل».

(٣) في (ع): «ولزمه».

(٤) ينظر: «المحلى» (٩/ ١٧٨).

(٥-٥) في (ي): «كان موليًا».



وكذلك الحجُّ والعمرةُ؛ لأنه مِن أحكامِ الأيمانِ، ألَا تَرى أنها تُوجِبُ الكفارةَ بمقتضاها، ولا يُتوصَّلُ إليها في الغالِبِ إلا بمالٍ.

وكذلك إذا قال: إن قَرِبْتُكِ أربعةَ أشهُرٍ ففلانةُ طالِقٌ. زوجةٌ له أخرى، فهو مُولٍ؛ لأنه لا يُتوصَّلُ إلى الوَطْءِ إلا بمعْنًى يَلْزَمُه مِن أحكامِ اليمينِ.

وقد قال الشافعيُّ في أحَدِ قولَيْهِ: لا يكونُ الإيلاءُ إلا باليمينِ باللَّهِ تعالى؛ لأن إطلاقَ اليمينِ يَتناوَلُ ذلك خاصةً[1].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن مَن قال لامرأتِه: إنْ وَطِئْتُكِ فعبدِي حُرٌّ. قال أهلُ الشرْعِ: قد حلَفَ بعِتْقِ عبدِه، وألفاظُ الشرْعِ مأخوذةٌ مِن صاحبِ الشريعةِ، ولأنه لا يُتوصَّلُ إلى وَطْئِها في مدَّةِ الإيلاءِ إلَّا بمعْنًى يَلْزَمُه، فصار كما لو حلَفَ باللَّهِ تعالى.

قال: وإنْ آلَى مِن المطلَّقةِ الرجْعيَّةِ كان مُولِيًا، وإنْ آلَى مِن البائنةِ لم يكُن مُولِيًا[2].

وذلك لأن المطلَّقةَ الرجعيةَ عندَنا زوجةٌ، ووَطْؤُها مباحٌ فيَصِحُّ الإيلاءُ منها كغيرِ المطلَّقةِ، وليس كذلك المبتوتةُ؛ لأن وطئَها حرامٌ، فهي بمنزلةِ الأجنبيةِ.

وقد قال الشافعيُّ: يَصِحُّ مِن الرجعيةِ، ويُعْتَبَرُ ابتداءُ المدَّةِ عَقِيبَ الرجْعَةِ[3].

---

(١) هذا قوله القديم، والجديد المعتمد أنه يصح أيضًا بالطلاق والعتاق ونحوهما.
وينظر: «الحاوي» (١٠/ ٣٤٣)، و«المهذب» (٣/ ٥٢)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٣٨٧)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٣٠).

(٢) ينظر: «الهداية» (٢/ ١٣)، و«الاختيار» (٣/ ١٥٣)، و«تبيين الحقائق» (٢/ ٢٦٥، ٢٦٦)، و«العناية» (٤/ ٢٠٤، ٢٠٥).

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٠/ ٣٨٤)، و«المهذب» (٣/ ٥٨)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٢٢٩)، =



وبَناه على أَصْلِه أن المطلَّقةَ الرجْعِيَّةَ محرَّمةُ الوَطْءِ كالبائنةِ، وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن الرجعيةَ لو لم يثبُتْ إيلاؤُها عَقِيبَ اليمينِ لم يثبُتْ في الثانِي، الدليلُ عليه المبتوتةُ.

قال: ومدَّةُ إيلاءِ الأَمَةِ شَهْرانِ.

وقال الشافعيُّ: هي مثْلُ الحرَّةِ[1].

وهذا لا يَصِحُّ: لأنها مدَّةٌ ورَد القرآنُ بها بلفظِ التَّرَبُّصِ فوجَب أن يؤثِّرَ فيها الرِّقُّ، أصلُه مدَّةُ العِدَّةِ.

فإن قيل: إنها مدَّةٌ ضُرِبتْ لرَفْعِ الضررِ عن الزوجةِ لفقدِ الوَطْءِ، فلم يَخْتَلِفْ[2] بالحرَّةِ والأَمَةِ كمُدَّةِ العُنَّةِ.

قيل له: مدَّةُ العُنَّةِ ضُرِبتْ لاخْتِبارِ حالِ الزوجِ هل عجْزُه[3] خِلْقةٌ أو لِعارِضٍ يُرْجَى زوالُه؟ وذلك لا يَخْتَلِفُ برِقِّ الزوجةِ، فأما مدَّةُ الإيلاءِ فإنما ضُرِبتْ لِيُوَفِّيَها حقَّها بالفَيْءِ، ومدَّةُ الاستمتاعِ تَخْتَلِفُ بالحرَّةِ والأَمَةِ.

وقد قال أصحابُنا: إنَّ الإيلاءَ لا يكونُ إلا بالحَلِفِ على تَرْكِ الوَطْءِ في الفَرْجِ، وذلك لأنَّ حكْمَ الإيلاءِ إنما يثبُت إذا قصَد إلى منْعِها مِن حقِّها، وحقُّ المرأةِ في الوَطْءِ في الفَرْجِ[4].

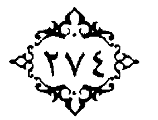
و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٢٩).

(١) ينظر: «الحاوي» (١٠/ ٣٨٣)، و«المهذب» (٣/ ٥٤)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٤٤٤).

(٢) في (غ): «تختلف».

(٣) في (ح): «عجز»، وفي (غ): «هو عجز».

(٤) ينظر: «التجريد» (١٠/ ٥٠٣٥)، و«تحفة الفقهاء» (٣/ ٢٠٣).



قال: وإذا كان المُولِي مَرِيضًا لا يَقْدِرُ على الجماعِ، أو كانتِ المرأةُ مريضةً، أو كان بينَهما مسافةٌ لا يَقْدِرُ أن يَصِلَ إليها في مدَّةِ الإيلاءِ ففيئُه[1] أن يقولَ بلسانِه: فِئْتُ إليها. فإنْ قال ذلك سقَط الإيلاءُ.

والأصلُ في هذا أن الفَيْءَ عبارةٌ عن الرجوعِ، يُقال: فاءَ الظِّلُّ إذا رجَع، فلمَّا كان المُولِي قصَد إلى مَنْعِها مِن حقِّها مِن الوَطْءِ، وكان وطْؤُه رجوعًا عمَّا قصَده سُمِّي فَيْئًا، والقادِرُ على الوَطْءِ لا يكونُ فَيْؤُه إلا بالجماعِ، رُوِي ذلك عن عليٍّ، وابنِ مسعودٍ، وابنِ عباسٍ، ومسروقٍ، والشعبيِّ، وغيرِهم[2]، ولأنه عُوقِب[3] بإيقاعِ الطلاقِ على مَنْعِها مِن حقِّها بالوَطْءِ، فلما لم يوفِّها ذلك لا يسقُطُ حكْمُ الإيلاءِ.

فأما العاجزُ عن الوَطْءِ ففَيْؤُه القولُ[4]، والعجزُ يكونُ مِن طريقِ المشاهدةِ كالمرضِ، والصِّغَرِ، والرَّتَقِ[5]، والجَبِّ، وبعُدِ المسافةِ التي لا يَقْدِرُ على قطعِها

(١) في (أ، س): «ففيؤه».

(٢) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١١٦٧٤-١١٦٨٠)، و«سنن سعيد بن منصور» (١٨٩٤-١٩٠٥)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٨٩٢٣-١٨٩٣٢)، و«الأوسط» (٩/ ٣٥٥).

(٣) في (س، ي): «عقوبة».

(٤) في (ي): «بالقول».

(٥) بعده في (ح): «والقرن».

والرتق عيب في فرج المرأة فالمرأة الرتقاء هي التي ليس لها خرق إلا المبال.

والقرن في الفَرْج: فهو مانع يمنع من سلوك الذكَر فيه إما لغُدَّة غليظة أو لَحمَةٌ مُرْتَتِقَةٌ أو عظمٌ، وامرأة قرناء بها ذلك.

والجَبُّ: القَطْع، ومنه المجبُوب: الخصيّ الذي استُؤصل ذكَره وخُصياه. ينظر: «المغرب» (١/ ١٢٩، ٣٢٠)(٢/ ١٧٢، ١٧٣).



في مدَّةِ الإيلاءِ، وما أَشْبَهَ ذلك مِما لا يُمْكِنُ الوَطْءُ معه.

وقد رُوِي: «إن الفَيْءَ بالقولِ عندَ العجْزِ». عن ابنِ مسعودٍ[1].

ولأنه لا يَقْدِرُ على إيفاءِ حقِّها بالوَطْءِ فلَزِمه غايةُ ما يَقْدِرُ عليه، وهو أن يَرْجِعَ عمَّا عزَم عليه بقولِه، فإذا قال ذلك حصَل الفَيْءُ، وسقَط الإيلاءُ.

وقد يكونُ العجزُ مِن طريقِ الحكْمِ مثْل أن يكونَ مُحْرِمًا، أو صائمًا [2]في رمضان[2]، فلا يكونُ فيؤُه عندَنا إلا بالوَطْءِ.

وقال زفرُ: يكونُ بالقولِ[3].

وجْهُ قولِ أصحابِنا: أنه قادرٌ على الوَطْءِ فصار كغَيرِ المُحْرِمِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن المنْعَ لحقِّ اللَّهِ تعالى بمنزلةِ المنْعِ مِن طريقِ المشاهَدةِ، بدليل أن الخَلْوة لا تَصِحُّ مع الإحْرامِ، كما لا تَصِحُّ[4] مع المرَضِ فاسْتَوَيا.

قال: وإنْ صحَّ في المدَّةِ بطَل ذلك الفَيْءُ وصار فيؤه الجماعَ[5].

وذلك لأن الفَيْءَ بالقولِ جُعِل بدلًا عن الوَطْءِ عندَ العَجْزِ، فإذا زال العجْزُ مع بقاءِ المدَّةِ انتَقَل الحكْمُ إلى الأصلِ، كالمتيمِّمِ إذا وجَد الماءَ في الصلاةِ.

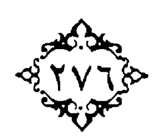
(١) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٨٩٣٠).

(٢-٢) ليس في (أ، ع).

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٠٧)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٧٤).

(٤) في (أ٢، س، ض، ع): «يصح»، ورسمت بغير نقط في (أ، ظ، غ)، ورسمت في (ي) بالتاء والياء معًا.

(٥) في (ي): «بالجماع».



قال: وإذا قال لامرأتِه: أنتِ عليَّ حرامٌ. سُئِل عن نِيَّتِه، فإن قال: أردْتُ الكَذِبَ. فهو كما قال، وإن قال: أردْتُ الطلاقَ. فهو تطليقةٌ بائنةٌ، إلا أن يَنْوِيَ الثلاثَ، وإنْ قال: أردْتُ الظِّهارَ فهو ظِهارٌ، وإن قال: أردْتُ التحريمَ. أو: لَمْ أُرِدْ شيئًا. فهو يَمِينٌ يَصِيرُ بها[1] مُولِيًا.

أما إذا أراد بها الطلاقَ فهو طلاقٌ؛ لأن قولَه: أنتِ عليَّ حرامٌ. يَحْتَمِلُ الطلاقَ فهو كنايةٌ عنه، فإذا نوَى به الطلاقَ وقَع كسائرِ كناياتِ الطلاقِ، فإن أراد بذلك ثلاثًا كان ثلاثًا، وإن أراد واحدةً فهي واحدةٌ بائنةٌ، وإن أراد اثْنَتَيْنِ فهي واحدةٌ، وهذا قد بيَّنَّاه فيما تقدَّم.

وأما إذا نوَى به[2] الظهارَ فهو ظِهارٌ عند أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ. وقال محمدٌ: ليس بظِهارٍ[3].

وجْهُ قولِهما: أنه وصَفها بالتحريمِ، والمرأةُ تكونُ تارةً محرَّمةً بالظِّهارِ وتارةً بالطلاقِ، فإذا نوَى الظِّهارَ فقد نوَى ما يَحْتَمِلُه كلامُه، فيُصدَّقُ فيه.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الظِّهارَ يَخْتَصُّ بِحَرْفِ[4] التشبيهِ، ولم يُوجَدْ في قولِه: أنتِ عليَّ حرامٌ. فلم يكن ظِهارًا.

وأما إذا نوَى التحريمَ، أو لم يُرِدْ شيئًا فهو يمينٌ.

(١) ليس في (غ)، وفي (ح، ظ): «به».

(٢) في (س، ظ): «بها».

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٩٧)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٦٩)، و«البناية» (٥/ ٥٠٣).

(٤) في (أ، س، ظ، ي): «بلفظ».



وقال الشافعيُّ: إذا قال ذلك لزوجتِه وجاريتِه فعليه كفارةُ يمينٍ بنفْسِ اللفْظِ وليس بيمينٍ[1].

لنا: قولُه تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ لِمَ تُحَرِّمُ مَآ أَحَلَّ ٱللَّهُ لَكَ﴾ [التحريم: ١]. الآيةَ. ورُوِي عن ابنِ عباسٍ: «أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كان يَشْرَبُ مِن شرابٍ عندَ سودةَ مِن العسلِ، فدخَل على عائشةَ، فقالتْ: إنِّي أَجِدُ مِنْكَ رِيحًا[2]. فقال: «أُراه مِنْ شَرابٍ شَرِبْتُهُ عِنْدَ سَوْدَةَ، واللَّهِ لَا أَشْرَبُهُ». فنزَلتْ هذه الآيةُ»[3]، فسمَّى اللَّهُ تعالى يمينَه تحريمًا، فإذا حرَّمها فقد جاء بمعْنى اليمينِ.

فإن قيل: «إن الآيةَ نزَلتْ لأنَّ النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حرَّم ماريةَ»[4].

قيل له: لا يَمْتَنِعُ أن يكونَ حرَّم العسلَ، وحرَّم ماريةَ، فنزَلتِ الآيةُ فلا يتعارَضانِ، وقد رُوِي: أن أبا بكْرٍ، وعمرَ، وابنَ مسعودٍ، وابنَ عباسٍ قالوا في

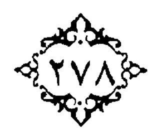
(١) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٧٩)، و«مختصر المزني» (٨/ ٢٩٧)، و«الحاوي» (١٠/ ١٨٢)، و«المهذب» (٣/ ١٢، ١٣)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٧٠)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٩).

(٢) في (ر): «ريح معَافير»، ولعلَّه تصحف عن: «مغافير». وقد جاء ذكره عند البخاري (٤٩١٢)، ومسلم (١٤٧٤).

والمغافير: جمع واحدها مُغفور، وهو شيء حلو ينضحه شجر العرفط، وله ريح كريهة منكرة. ينظر: «النهاية» (٣/ ٣٧٤).

(٣) أخرجه ابن المنذر في «الأوسط» (٧٦٨٤)، والطبراني في «الكبير» (١١/ ١١٧) (١١٢٢٦). قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٧/ ١٢٧): «رجاله رجال الصحيح». وقال السيوطي في «الدر المنثور» (١٤/ ٥٦٧): «سنده صحيح».

(٤) أخرجه الدارقطني (٤٠١٣) من حديث عمر. وينظر: «تخريج أحاديث الكشاف» (٤/ ٥٩-٦١)، و«البدر المنير» (٨/ ٧٧-٧٩)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٢٠٩)، و«فتح الباري» (٨/ ٦٥٧).



الحرام: «إنه يَمِينٌ»[1]؛ ولأن كلَّ لفظٍ تعلَّق به كفارةُ يَمِينٍ فإنه يَمِينٌ، أصلُه إذا ذكَر اسمَ اللَّهِ تعالى.

فإن قيل: إن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما حرَّم مارية نزلتِ الآيةُ فأَمَر النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كلَّ مَن حرَّم على نفْسِه حلالًا أن يُعْتِقَ رقبةً، أو يُطْعِمَ عشرةَ مساكينَ، فأَوْجَب الكفارةَ باللفظِ لا بالحنثِ.

قيل له: معناه أَمَر بعِتْقِ رقبةٍ إذا حَنِث، بدليلِ أن ابنَ عباس هو راوِي الخبرِ، وقد صحَّ عنه أنه قال في الحرامِ: «إنه يَمِينٌ». واليَمِينُ لا يَجِبُ[2] فيها الكفارةُ إلا بالحِنْثِ، فدلَّ أن المرادَ به ذلك، وإذا ثبَت[3] أنه يَمِينٌ صار بها مُولِيًا، كما لو قال: واللَّهِ لا أَقْرَبُكِ.

وأما قولُه: إذا قال: أردْتُ به الكَذِبَ فهو كما قال. فإنما يَعْنِي بذلك فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى، فأمَّا في القضاءِ فلا يُصَدَّقُ في نَفْيِ اليمينِ؛ لأن هذا اللفظَ صريحٌ في اليمينِ بالشرْعِ، فلا يُصَدَّقُ في صرْفِه عن ظاهِرِه بالنيةِ.

وأما إذا قال ذلك في غيرِ الزوجةِ فهو يَمِينٌ، وقال الشافعيُّ: لا يَجِبُ به شيءٌ[4].

لنا: ما روَى ابنُ عباسٍ: «أن الآيةَ لمَّا نزلتْ أَمَر النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ كلَّ مَن

---

(١) ينظر: «سنن سعيد بن منصور» (١٦٩٣، ١٦٩٥، ١٧٠١، ١٧٠٤)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٨٤٩٦، ١٨٤٩٧، ١٨٤٩٩، ١٨٥٠٤، ١٨٥٠٧)، و«الأوسط» لابن المنذر (٩/ ١٩٠-١٩١).

(٢) في (ع): «تجب».

(٣) بعده في (ح، غ): «ذلك».

(٤) هذا قول، والمعتمد لزوم كفارة يمين. ينظر: «الأم» (٥/ ٢٧٩)، و«الحاوي» (١٠/ ١٨٣)، و«المهذب» (٣/ ١٣)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٦٧).



حرَّم حلالًا أن يُكَفِّرَ»[1]، وهو عامٌّ، ولأنَّ كلَّ ما تعلَّق به الكفارةُ في الزوجاتِ تعلَّق به في غيرِ الزوجاتِ، كقولِه: واللَّهِ.

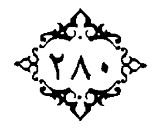
فإن قيل: الفَرْجُ يَجوزُ أن يكونَ محرَّمًا مع بقاءِ الملْكِ، فلذلك وجبتِ الكفارةُ بإضافةِ التحريمِ إليه، وسائرُ الأعيانِ لا يَجوزُ أن تكونَ محرَّمة مع بقاءِ الملْكِ؛ فلذلك لم تَجِبِ الكفارةُ بإضافةِ التحريمِ إليها.

قيل له: سائرُ الأعيانِ أيضًا يَجوزُ أن تكونَ محرَّمةً مع بقاءِ الملْكِ، ألا تَرى أن العينَ المرهونةَ، والمبيعَ في يدِ البائعِ محرَّمٌ على مالِكه، لا يَجوزُ له الانتفاعُ به مع بقاءِ الملْكِ فيه.

وقد قال أصحابُنا: إذا حرَّم على نفْسِه شيئًا، ثُمَّ فعَل مِمَّا حرَّمه[2] قليلًا[3] أو كثيرًا حَنِث وانْحلَّتِ اليمينُ؛ لأن التحريمَ إذا تعلَّق بالعينِ أفاد تحريمَها، وتحريمَ كلِّ جزءٍ منها، بدلالةِ تحريمِ الخمرِ والميتةِ، فإذا استباح مما حرَّمه[4] جُزْءًا فقد فعَل المحلوفَ عليه، فيَحْنَثُ وتَنْحَلُّ اليمينُ[5].

ولا يُشْبِهُ هذا إذا حلَف لا يأْكُلُ طعامًا[6] فأكَل بعضَه أنه لا يَحْنَثُ؛ لأن الحنثَ[7] تعلَّق بأكْلِ الجميعِ، وما تعلَّق بشرْطَيْنِ أو بشروطٍ[8] لا يَحْنَثُ ببعضِها.

(١) أخرجه البخاري (٤٩١١)، ومسلم (١٤٧٣).
(٢) في (ي): «حرم شيئًا».
(٣) بعدها في (س، ي): «كان».
(٤) في (أ٢،غ): «حرمه اللَّه»، وفي (س، ظ، ي): «حرم».
(٥) ينظر: «الهداية» (٢/ ٣٢٠)، و«العناية» (٥/ ٨٧)، و«البناية» (٦/ ١٤٠).
(٦) في (ي): «هذا الطعام هو قليل يمكن أكله في دفعة واحدة».
(٧) في (ي): «لأنه حكم».
(٨) في (أ، ض، ع، ل): «بشرط».



وإذا قال: كلُّ حِلٍّ[1] عليَّ حرامٌ. ولا نيةَ له، فهذا[2] على الطعامِ والشرابِ خاصةً؛ وذلك لأن اللفظَ لا يُمْكِنُ حملُه على عمومِه، ألا ترى أنه لو حُمِل على العمومِ لحَنِث[3] عَقِيبَ قولِه؛ بفتحِ عينِه، أو بنَفَسِه[4] في الهواءِ، أو حركتِه، لأنه مباحٌ والإنسانُ لا يَقْصِدُ بيمينِه الامتناعَ منه، فعُلِم أنه لم يُرِدْ تحريمَ كلِّ مباحٍ، فلا بُدَّ مِن حَمْلِه على بعضِ المباحاتِ، وإذا لم يكن له نيةٌ حُمِل على المقصودِ منها، وهو الطعامُ والشرابُ لأن بهما قِوامُ الحياةِ.

وقد قال زفرُ: إنه يَحنَثُ عَقِيبَ كلامِه[5].

وهو القياسُ؛ لأنه [6]عَقِيبَ كلامِه فعَل[6] ما هو حلالٌ، فإن نوَى غيرَ ذلك حُمِل عليه لأنه يَحْتمِلُه يمينُه.

والله أعلم

---

(1) في (ر، ض، ي): «حلال».

(2) في (أ٢، ح، غ): «فهو».

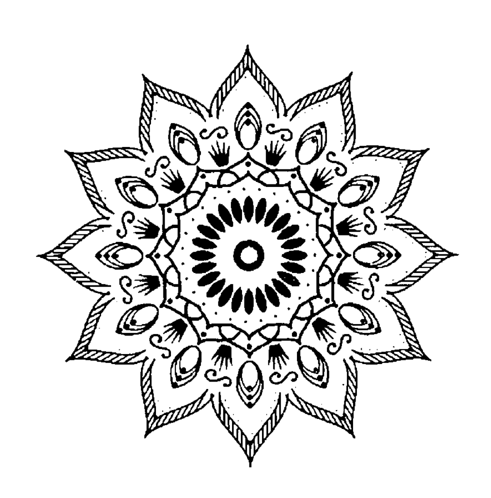
(3) في (أ٢، ر، غ): «يحنث»، وفي (س، ظ): «حنث».

(4) في (أ): «تنفسه»، وفي (س، ي): «بتنفسه»، ورسم في (ظ) بغير نقط.

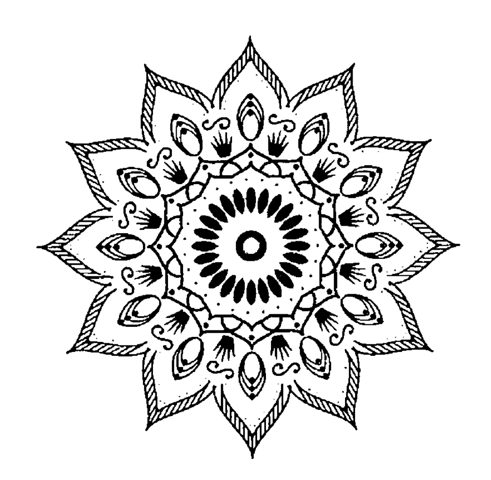
(5) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٦٩)، و«الهداية» (٢/ ٣٢٠)، و«العناية» (٥/ ٩٠).

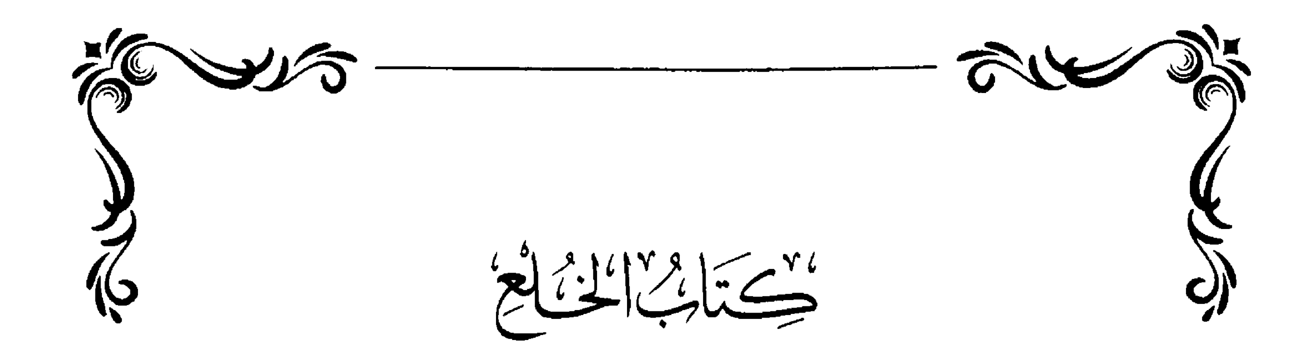
(٦-٦) في (أ٢، ح، ظ، غ، ي): «فعل عقيب اليمين».





كِتَابُ الخُلْعِ





كِتَابُ الخُلْعِ

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا تَشاقَّ(١) الزوجانِ وخافا أنْ لا يُقِيمَا حدودَ اللَّهِ، فلا بأْسَ أن(٢) تَفْتَدِيَ نفْسَها منه بمالٍ يَخْلَعُها(٣) به.

والأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩].
ورُوِي عن ابنِ عباسٍ رَضِىَ ٱللَّهُ عَنْهُمَا: «أن جميلةَ بنتَ عبدِ اللَّهِ بنِ أُبَيٍّ ابنِ سَلُولَ(٤) أَتَتِ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالتْ يا رسولَ اللَّهِ: واللَّهِ، ما(٥) أَعِيبُ(٦) على ثابتٍ في دينِ اللَّهِ(٧)، ولا خُلُقٍ، ....

(١) في (ح، س، غ): «تشاقًّا»، وفي (ع): «اتشاق»، وفي (ل): «شاق».
(٢) في (س): «بأن».
(٣) في (ح): «يخالعها».
(٤) المثبت من (ض)، وفي (ع): «جميلة بنت السلول»، وفي باقي النسخ: «جميلة بنت أبي السلول».
وهي: جميلة بنت عبد اللَّه بن أبي ابن سلول، وكانت تحت حنظلة بن أبي عامر غسيل الملائكة، فقتل عنها يوم أحد، فتزوجها ثابت بن قيس بن شماس، فنشزت عليه، فأرسل إليها رسول اللَّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «يا جميلة، ما كرهت من ثابت...» الحديث. ينظر: «الاستيعاب» (٤/ ١٨٠٢)، و«أسد الغابة» (٦/ ٥١)، و«الإصابة» (٨/ ٧٠).
(٥) في (ع): «لا»، وهو الموافق لبعض روايات مصدر التخريج.
(٦) في (أ، ح، ر، ع، ل): «أعتبت»، وأشار في حاشية (ح) أنه كالمثبت في نسخة، وفي (ر): «عيبت»، وفي (ظ): «أعتب»، وهو الموافق لبعض روايات مصدر التخريج، وفي (غ): «أعنت».
(٧) ليس في (ر، ي). وهو الموافق لما في مصدر التخريج.



وإنِّي[1] لأَكْرَهُ الكفرَ في الإسلامِ، لا أُطِيقُه بُغْضًا[2]. فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «تَرُدِّينَ[3] عَلَيْهِ حَدِيقَتَهُ». قالتْ: نَعَمْ[4]. فأَمَره النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن يأخُذَ منها ما ساقَ إليها ولا يَزْدادَ[5]».

قال: فإذا فعَل ذلك وقَع بالخُلْعِ تطليقةٌ[6] بائنةٌ ولَزِمها[7] المالُ.

والكلامُ هاهنا يَقَعُ في مواضعَ:

أَحَدُها: أن الخلعَ طلاقٌ، وهو قولُ عمرَ، وإحدَى الروايتَيْنِ عن عثمانَ[8]،

(١) في (س): «لكني»، وهو الموافق لبعض روايات التخريج.

(٢) قال في حاشية (ح): «إني رفعت جانب الخباء فرأيته أقبل في عدة، فإذا هو أشدهم سوادًا، وأقصرهم قامة، وأقبحهم وجهًا. كشاف». وينظر: «تفسير الكشاف» (١/ ٣٠٢)، و«تخريج أحاديث الكشاف» (١/ ١٤٤، ١٤٥).

(٣) في (ح، س، ي): «أتردين»، وقد وردت الروايات بكلتيهما، كما في مصدر التخريج.

(٤) بعده في (ي): «وزيادة».

(٥) في (أ٢): «تزاد»، وفي (غ، ي): «يزاد».

والحديث أخرجه البخاري (٥٢٧٣-٥٢٧٧).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٠): «الحديقة بالحاء المهملة، والدال المهملة، والياء، والقاف: الروضة ذات الشجر، وتقال لكل بستان عليه حائط».

(٦) هنا ينتهي الخرم المشار إليه آنفًا في النسخة (ش)، والذي بدأ في كتاب الطلاق، عند قول المصنف: «فلا تقع قبل وجود الشرط». تحت قول الماتن: «ولو قال: أنت طالق إذا دخلت مكة لم تطلق حتى تدخل مكة».

(٧) بعده في (ي): «العدة و».

(٨) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١١٧٥٧، ١١٧٦٠، ١١٧٦١)، و«سنن سعيد بن منصور» (١٤٢٣، ١٤٤٦، ١٤٤٧-الأعظمي)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٨٧٤٣، ١٨٧٤٤، ١٨٧٤٥، ١٨٧٦٣)، و«الأوسط» (٩/ ٣٢١).



وعن ابنِ عباسٍ: «أنه ليس بطلاقٍ»[(١)].

وقال الشافعيُّ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ: هو فسْخٌ، وفي القولِ الآخرِ: هو كنايةٌ عن الطلاقِ[(٢)].

لنا: أنها[(٣)] فرقةٌ تتعلَّقُ بسببٍ مِن جهةِ الزوجِ طارئ على النكاحِ مختَصٌّ به فكانتْ طلاقًا، كقولِه: أنتِ طالقٌ. ولأنها فُرقةٌ بِعِوَضٍ كالطلاقِ على مالٍ.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿ٱلطَّلَٰقُ مَرَّتَانِ﴾ [البقرة: ٢٢٩]، ثُمَّ قال: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾، ثُمَّ قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا﴾. فلو كان الخُلْعُ طلاقًا تضمَّنتِ الآيةُ الكريمةُ أربعَ تطليقاتٍ، فدلَّ على أن الخُلْعَ ليس بطلاقٍ.

قيل له: ذكَر اللَّهُ تعالى الطلاقَ بغيرِ عِوَضٍ، ثُمَّ ذكَر العِوَضَ فيه بقولِه: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ﴾ [البقرة: ٢٢٩]. وهذا بيانٌ لحكْمِ [(٤)]التطليقتَيْنِ بِعِوَضٍ و[(٤)] بِغَيْرِ عِوَضٍ، ثُمَّ ذكَر التطليقةَ الثالثةَ فلا يَقْتَضِي[(٥)] ما ذكَرُوه.

والثاني: أن الطلاقَ الواقِعَ بالخُلْعِ بائنٌ [(٦)]لأنه لفظُ[(٦)] كنايةٍ، بدليلِ أنه لو قال: خالعْتُكِ. يَنْوِي به الطلاقَ، ولم يَذْكُرْ عِوَضًا أنها تُطلَّقُ، وإذا كان كنايةً وقَع به الطلاقُ البائنُ كسائرِ الكناياتِ.

---

(١) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١١٧٦٥، ١١٧٦٨، ١١٧٧٠، ١١٧٧١)، و«سنن سعيد بن منصور» (١٤٥٣، ١٤٥٥ - الأعظمي)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٨٧٦٦)، و«الأوسط» (٩/ ٣٢٢).

(٢) القول القديم للشافعي أنه فسخ، والجديد أنه طلاق. ينظر: «المهذب» (٢/ ٤٩١)، و«نهاية المطلب» (١٣/ ٢٩٢)، و«التهذيب» (٥/ ٥٥٤)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٧٥).

(٣) في (ح، ر): «أنه».

(٤-٤) في (ي): «التطليقة».

(٥) في (ي): «تقتضي».

(٦-٦) في (ي): «لأن لفظه».



الثالثُ: أن الخلْعَ عندَنا عبارةٌ عن العقدِ على الطلاقِ بِعِوَضٍ، الدليلُ عليه ما قالوا[1] في رجلٍ قال لرجلٍ: اخْلَعِ امْرأتِي. فخَلَعها على غيرِ عِوَضٍ لم يَصِحَّ.

ولو قال الرجلُ لامْرأتِه: اخْلَعِي نفْسَكَ. فقالتْ: خلعْتُ نفْسِي بألفٍ. وُقِف على إجازةِ الزوجِ.

وإذا ثبَت ذلك قُلْنا: إذا قال لها: قد[2] خالعْتُكِ. ونوَى الطلاقَ لم يكن خُلْعًا في الحقيقةِ، وإنما يكونُ كنايةً عن الطلاقِ، فإن ذكَر عِوَضًا فهو عقْدُ خلْعٍ، ويفتقِرُ إلى قبولِ المرأةِ فلا يَقَعُ به شيءٌ حتى تَقْبَلَ ويَقَعُ به[3] الطلاقُ ويَلْزَمُ المالُ.

وقد قال أصحابُنا: إن الزوجَ إذا ابتدأ بإيجابِ الخُلْعِ فقال: خالعْتُكِ على ألفٍ. لم[4] يَصِحَّ رجوعُه عن ذلك، ولا يَبْطُل بقيامِه مِن المجلسِ؛ لأن الزوجَ مِن جهتِه الطلاقُ، وإيجابُ الطلاقِ لا يَصِحُّ الرجوعُ عنه، فإن ابتدأتِ المرأةُ بإيجابِ الخُلْعِ فقالتْ: خلعْتُ نفْسِي منكَ بألفٍ. فلها أن تَرْجِعَ عنه[5] قبلَ القبولِ، ويَبْطُلُ بقيامِها؛ لأن المرأةَ مِن جهتِها المالُ، والإيجابُ في المالِ يَبْطُلُ بالافْتِراقِ قبلَ القبولِ كالبيعِ[6].

قال: وإن كان النشوزُ مِن قِبَله، كَرِهنا[7] له أن يأخُذَ منها عِوَضًا.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَإِنْ أَرَدتُّمُ ٱسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَّكَانَ زَوْجٍ وَءَاتَيْتُمْ

(١) في (س، ض، ع): «قالوه».
(٢) من (س، ي).
(٣) من (أ٢، ح، ض، غ).
(٤) في (ي): «لا».
(٥) ليس في (ح)، وفي (أ٢، غ): «عنها».
(٦) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ١٩٩)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٤٥).
(٧) في (ح): «كره».



إِحۡدَىٰهُنَّ قِنطَارًا فَلَا تَأۡخُذُواْ مِنۡهُ شَيۡـًٔاۚ أَتَأۡخُذُونَهُۥ بُهۡتَٰنًا وَإِثۡمًا مُّبِينًا ﴾ [النساء: ٢٠].

قال: وإن كان مِن قِبَلِها كُرِه له أن يأخُذَ منْها[١] أكثرَ مِمَّا أَعْطاها، فإنْ فعَل ذلك[٢] جاز في القضاءِ.

وذلك لما رُوِي في قصةِ جميلةَ بنتِ أُبيٍّ ابنِ سَلُولَ[٣]، وزوجِها ثابتٍ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَره أن يأْخُذَ منها ما ساق إليها ولا يَزْدادَ». قال ابنُ جُريجٍ: وفيها نزَل قولُه تعالى: ﴿وَلَا يَحِلُّ لَكُمۡ أَن تَأۡخُذُواْ مِمَّآ ءَاتَيۡتُمُوهُنَّ شَيۡـًٔا﴾ [البقرة: ٢٢٩]، إلى قولِه تعالى: ﴿فَلَا تَعۡتَدُوهَاۚ﴾. قال: يقولُ: لا تأْخُذْ[٤] منها أكثرَ مِمَّا أَعْطَيْتَها[٥]».

فأما قولُه: فإنْ فعَل جاز في القضاءِ. لِما رُوِي: «أن مولاةً لصفيةَ زوجةِ ابنِ عمرَ اخْتلَعَتْ مِن زوجِها بجميعِ مالِها فلم يُنْكِرْ[٦] ذلك ابنُ عمرَ»[٧]، ولأنَّ كلَّ عقدٍ جاز فيه العِوَضُ القليلُ جاز فيه[٨] العِوَضُ الكثيرُ كسائرِ العقودِ.

---

(١) من (أ٢، ح، ظ، ي، نسخة مختصر القدوري).

(٢) من (ح، ظ، نسخة مختصر القدوري).

(٣) كذا وقعت التسمية في (ض)، وفي باقي النسخ: «جميلة بنت أبي السلول».

(٤) في (ض، ل، ي): «يأخذ»، وهو الموافق لما في «المراسيل» لأبي داود.

(٥) في (ض، ل، ي): «أعطاها».

وينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٨٨٢٩)، و«المراسيل» لأبي داود (٢٣٧، ٢٣٨).

(٦) في (أ، ض): «يذكر»، وفي (س): «يكره».

(٧) أخرجه مالك (٢/ ٥٦٥)، وابن أبي شيبة (١٨٨٤٥). وينظر: «الاستذكار» (١٧/ ١٧٥).

(٨) من (أ٢، ر، ي).



قال: وإنْ طلَّقها على مالٍ فقَبلتْ وقَع الطلاقُ ولَزِمها المالُ، وكان الطلاقُ بائنًا.

وذلك لأنه علَّق وقوعَ الطلاق بوجوبِ المالِ عليها، والمالُ لا يَجِبُ عليها إلا بقبولِها، فإذا قَبِلتْ لَزِمها المالُ ووقَع الطلاقُ، ويكونُ الطلاقُ بائنًا؛ وذلك لأن غرَضَ المرأةِ (1)مِن بَذْلِ(1) العِوَضِ التخلُّصُ(2) منه، فلو كان الطلاقُ رجعيًّا لراجَعها ولم يوجَدِ الغَرَضُ(3)، وذهَب مالُها(4) بغيرِ شيءٍ، وهذا لا يَجوزُ.

قال: وإنْ بطَلَ العِوَضُ في الخُلْعِ مثْلُ أن يُخالِعَ(5) المسلمةَ على خمْرٍ أو خِنْزيرٍ، فلا شيءَ للزوجِ، والفُرْقةُ بائنةٌ، وإن بطَلَ العِوَضُ في الطلاقِ كان رجْعيًّا.

وذلك لأن العوضَ إذا بطَل في الخلْعِ بَقِي لفظَ(6) كنايةٍ، والفُرقةُ الواقعةُ بالكناياتِ التي لم تَجْرِ مَجْرَى الصريحِ تكونُ بائنةً، وليس كذلك الطلاقُ على عِوَضٍ إذا بطَل العِوَضُ فيه؛ لأن صريحَ الطلاقِ يقتَضِي الرجعةَ، وإنما يكونُ بائنًا باستحقاقِ العِوَضِ، فإذا بطَل العِوَضُ بَقِي مجرَّدُ الطلاقِ الصريحِ فتثبُتُ فيه الرجعةُ.

وأما قولُه: ولا شيءَ للزوجِ. فصحيحٌ، وقال الشافعيُّ: عليها مهْرُ مثْلِها(7).

(1-1) في (ر، ض، ل): «من بدل»، وفي (أ2، س، ظ، غ، ي): «في بدل».

(2) في (أ2، ح): «التخليص».

(3) في (ع، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «العوض».

(4) في (س): «بمالها».

(5) بعده في (ي): «المرأة».

(6) في (أ، س، ي): «لفظه»، وفي (ح): «اللفظ».

(7) ينظر: «الأم» (5/ 215)، و«الحاوي» (10/ 63)، و«التهذيب» (5/ 557).

لنا: أن خروجَ البُضْعِ مِن ملْكِ الزوجِ لا قيمةَ له على ما بيَّنَّاه فيما تقدَّم، فإذا سمَّتْ في مقابَلَتِه ما لا قيمةَ له فقد رَضِي بتَرْكِ العِوَضِ فلا يَلْزَمُها شيءٌ، كما لو أَطْلَق الخلْعَ.

فإن قيل: بأنه[1] خالَعها بِعِوَضٍ فاسدٍ فوجَب أن يَرْجِعَ عليها ببدَلِ البُضْعِ[2]، أصلُه إذا خالَعها[3] على عصيرٍ فوجَده خمرًا.

قيل له: هذا لم يَرْضَ بخروجِ البُضْعِ إلا بِعِوَضٍ مُقَوَّمٍ[4]، فإذا وجَده على خلافِ ذلك فقد غرَّته[5]، فيَرجِعُ بحكْمِ الغُرُورِ[6]، وفي مسألتِنا رَضِي بما لا قيمةَ له فصار بمنزلةِ السكوتِ في مقابلةِ خروجِ البُضْعِ، فلا يَرْجِعُ بشيءٍ.

قال: وما جاز أن يكونَ مهرًا في النكاحِ جاز أن يكونَ بدلًا[7] في الخُلْعِ.

وذلك لأن كلَّ واحدٍ منهما عقَد على البُضْعِ، فما جاز أن يثبُتَ في أحدِ العقْدَيْنِ بدلًا جاز أن يثبُتَ في الآخرِ.

قال: فإن قالت له: خالِعْني على ما في يَدِي. فخالَعها[8]، فلم يكُنْ في يدِها شيءٌ، فلا شيءَ له عليها.

---

(١) في (ح، غ): «فإنه»، وفي (ر، ل، ي): «إنه».

(٢) في (ح): «الخلع».

(٣) في (س): «خلعها».

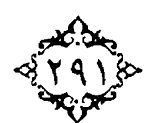
(٤) في (ح، س، ي): «متقوم».

(٥) في (ي): «غرمه».

(٦) في (ي): «الغرم».

(٧) في (أ٢): «عوضًا».

(٨) في (ح، س، ظ): «فخلعها».



وذلك لأنها لم تُسَمِّ ما هو مُقوَّمٌ[1]، ألا تَرى أنه قد يكونُ في يدِها ما له قيمةٌ وما لا قيمةَ له، وإذا كان كذلك فلم تَغُرَّه بالتسميةِ، والرجوعُ إنما يكونُ بحكمِ الغُرورِ، ولم يُوجَدِ الغُرورُ، فلا يَرْجِعُ بشيءٍ.

وعلى هذا إذا قالتْ: عليَّ ما في هذا البيتِ. أو عليَّ ما في شَجَرِي، أو نَخْلِي، أو في بُطُونِ[2] غَنَمِي، فلم يكُنْ[3] شيءٌ، لم يَرْجِعْ بشيءٍ لِما بيَّنَّا.

قال: وإن قالتْ: عليَّ ما في يَدِي مِن مالٍ. ردَّتْ عليه مهرَها.

وقال الشافعيُّ: تَرُدُّ عليه مهرَ مثْلِها[4].

لنا: أنها قد غرَّتْه بتسميةِ ما له قيمةٌ، فلا يَجوزُ أن يَزُولَ مُلْكُه بغيرِ عِوَضٍ، ولا يُمْكِنُ الرجوعُ إلى قيمةِ ما سمَّتْه؛ لأنه مجهولٌ، ولا إلى قيمةِ البُضْعِ؛ لأنه لا يتقوَّمُ في خروجِه مِن مُلْكِ الزوجِ، فوجَب الرجوعُ إلى ما تقوَّمَ[5] به على الزوجِ، وهو ما استَحَقَّه بعقدِ النكاحِ مِن المسمَّى أو مهرِ المثْلِ.

فإن قيل: الخُلْعُ لا يُمْكِنُ فسخُه فصار البُضْعُ مُسْتَهْلَكًا، فوجَب عليها[6] قيمتُه.

قيل له: هذا يَبْطُلُ بما[7] إذا ارتدَّتِ المرأةُ..

---

(1) في (أ٢، ح، ر، ع، ي): «متقوَّم».

(2) في (ل): «بطن».

(3) بعده في (ح): «فيها»، وبعده في (س، ظ): «له»، وبعده في (ي): «لها».

(4) ينظر: «الأم» (٥/ ٢١٢)، و«الحاوي» (١٠/ ١٣، ٩٤)، و«المهذب» (٢/ ٤٩٤)، و«نهاية المطلب» (١٣/ ٣٥٦)، و«التهذيب» (٥/ ٥٥٧)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٨٩).

(5) في (أ٢، ح، ي): «يتقوَّم».

(6) في (أ٢، ح، ي): «عليه».

(7) في (أ، ح، س، ظ، ع، ل): «به».



فقد صار البُضعُ[1] مُستَهلَكًا ولا يَرْجِعُ بقيمتِه.

قال: وإنْ قالتْ: عليَّ ما في يَدِي مِن دراهمَ. فلم يكُنْ في يدِها شيءٌ فعليها ثلاثةُ دراهمَ.

وذلك لأنه لم يَرْضَ بخروجِ البُضعِ مِن مِلْكِه إلا بِعِوَضٍ هو دراهمُ، وذلك اسمٌ للثلاثةِ وما فوقَها، والثلاثةُ متيقَّنةٌ فلَزِمَتْها[2]، ولا يَلْزَمُ[3] ما زادَ بالشَّكِّ.

قال: وإنْ قالتْ: طلِّقْنِي ثلاثًا بألفٍ. فطلَّقها واحدةً فعليها ثُلُثُ الألْفِ.

وذلك لأن الباءَ فيها معْنَى العِوَضِ، وليس فيها معْنَى الشرْطِ، فانقسمتِ الألفُ على التطليقاتِ[4] الثلاثِ، واعْتُبِرتْ كلُّ تطليقةٍ على حيالِها (٥بما جعَل لها مِن العِوَضِ٥).

قال: وإن قالتْ: طَلِّقْنِي ثلاثًا على ألفٍ. فطلَّقها واحدةً فلا شيءَ عليها عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: عليها ثلثُ الألفِ[6]، وبه قال الشافعيُّ[7].

---

(١) بعده في (ي): «منها».

(٢) في (أ، ع، ل): «فلزمها»، وفي (ي): «فتلزمها».

(٣) في (ي): «يلزمها».

(٤) في (ي): «الطلقات».

(٥-٥) في (ي): «فجعل لها من العوض ما خصها وهو ثلث المبلغ».

(٦) ينظر: «المبسوط» (٦/ ١٧٤)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٥٣)، و«الهداية» (٢/ ٢٦٢).

(٧) ينظر: «المهذب» (٢/ ٤٩٧)، و«نهاية المطلب» (١٣/ ٣٣٥)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٨٢)، و«كفاية النبيه» (١٣/ ٣٩٥).

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن (عليّ) فيها معْنى الشرْطِ، ولها غرَضٌ صحيحٌ في إيقاعِ الثلاثِ، حتى تَبِينَ منه أعظمَ البَيْنُونَتَيْنِ، والطلاقُ يتعلَّقُ بالشروطِ فصارَ إيقاعُ الثلاثِ شرطًا في استحقاقِ العِوَضِ، ولم يُوجَدِ الشرْطُ فلا يستَحِقُّ شيئًا[1].

وجْهُ قولِهما: أنها جَعلَتِ الألْفَ في مقابلةِ التطليقاتِ، فانْقسمَتْ عليها، كقولِها: طلِّقْني ثلاثًا بألفٍ. وقد بيَّنَّا الفَرْقَ بينَهما[2].

قال: ولو قال الزوجُ: طلِّقِي نفْسَكِ ثلاثًا بألفٍ، أو على ألفٍ. فطلَّقَتْ نفْسَها واحدةً لم يَقَعْ عليها شيءٌ.

وذلك لأنه لم يَرْضَ بوقوعِ البينونةِ إلا بكلِّ الألفِ، فلم يَجُزْ وقوعُها ببعضِ[3] الألفِ، وليس كذلك إذا قالتِ المرأةُ: طلِّقْني ثلاثًا بألفٍ. فطلَّقَها واحدةً؛ لأنه قد أَتَى بما طلَبَتْ مِن البينونةِ، وزادها خيرًا مِن نقصانِ البدَلِ فجاز.

قال: والمبارأةُ كالخُلْعِ.

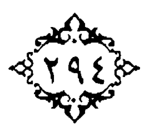
وهذا صحيحٌ؛ لأن المبارأةَ مُفاعلةٌ مِن البراءةِ، والخُلْعُ مأخوذٌ مِن انْخِلاعِ الشيءِ مِن الشيءِ، ومعناهما واحدٌ.

قال: والخُلْعُ والمُبارأةُ يُسْقِطانِ كلَّ حقٍّ لكلِّ واحدٍ مِن الزوجينِ على الآخرِ، مِمَّا يتعلَّقُ بالنكاحِ عندَ أبي حنيفةَ.

(١) بعده في (س، ظ، ل): «منه»، وفي (ي): «فيه».

(٢) قال في حاشية (ح): «وهو أن على تستعمل للشرط قال الله تعالى: ﴿يُبَايِعْنَكَ عَلَىٰٓ أَن لَّا يُشْرِكْنَ بِٱللَّهِ شَيْـًٔا﴾ [الممتحنة:١٢] والباء لا تأتي للشرط».

(٣) في (ح): «بدون».



وقال أبو يوسفَ في المبارأةِ مثلَ ذلك، وقال في الخُلْعِ: لا يَسْقُطُ به إلا ما سمَّيا[1].

وقال محمدٌ: لا يَسْقُطُ فيهما إلا ما سمَّيا[2]، وبه قال الشافعيُّ[3].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن المبارأة والخُلْعَ معناهما واحدٌ على ما بيَّنَّاه، والمقصودُ إسقاطُ المنازعةِ في حقوقِ النكاحِ، بدلالةِ أنهما لو اتَّفقا عليها لم يَحتاجا إلى الخُلْعِ، وإنما دخَلا فيه للشقاقِ، فاقْتَضَى لفظُهما وقصدُهما إسقاطَ تلك الحقوقِ، فوجَب أن تَسقُطَ إذا كانا يَمْلِكان إسقاطَها، وصارا كالمتخاصِمَيْنِ إذا ادَّعى كلُّ واحدٍ منهما على الآخَرِ حقوقًا، ثُمَّ اصْطَلحا على مالٍ وتبارَيا، فإنه يسقُطُ كلُّ حقٍّ ادَّعاه أحدُهما على الآخَرِ لما كان هو الغَرَض[4] بالصلحِ، كذلك هذا.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن المبارأة صريحٌ في البراءةِ فيسقُطُ[5] به[6] جميعُ الحقوقِ، والخُلْعُ ليس في لفْظِه ما يقتَضِي البراءةَ[7]،.................................

(١) في (ح، غ): «سمياه»، وفي (ظ): «سمينا».

(٢) ينظر: «المبسوط» (٦/ ١٩٠)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٥٢)، و«الهداية» (٢/ ٢٦٤)، و«العناية» (٤/ ٢٣٣).

(٣) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٦٠٦)، و«بحر المذهب» (٩/ ٥٧٢)، و«حلية العلماء» (٦/ ٥٦٠)، و«العزيز شرح الوجيز» (٨/ ٤٧٥).

(٤) في (أ٢، ع، غ): «العوض».

(٥) في (أ، ض، ي): «فسقط»، وفي (ل): «يسقط».

(٦) ليس في (أ)، وفي (ح، ر): «بها».

(٧) في (ي): «المبارأة».



فيَسقُطُ[1] به ما سمَّيا[2] دونَ غيرِه.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن ما لم يُسمِّياه يَجِبُ أن لا يَسقُطَ كالديونِ[3] وكالنفقةِ.

قيل له: أما الديونُ التي لا تتعلَّقُ بعقدِ النكاحِ، فلم تَقَعِ المنازعةُ فيها فلا[4] تسقُطُ بالعقدِ، وفي مسألتِنا وقعتْ في حقوقِ هذا العقدِ، وهما يَقْصِدانِ بالخُلْعِ إزالةَ الخُلْفِ بينَهما، وذلك يكونُ بإسقاطِ حقوقِه، فأما النفقةُ فإنها حقٌّ لم تَجِبْ، والبراءةُ إنما تُؤثِّرُ فيما وجَب مِن الحقوقِ دُونَ ما لم يَجِبْ.

والله أعلم

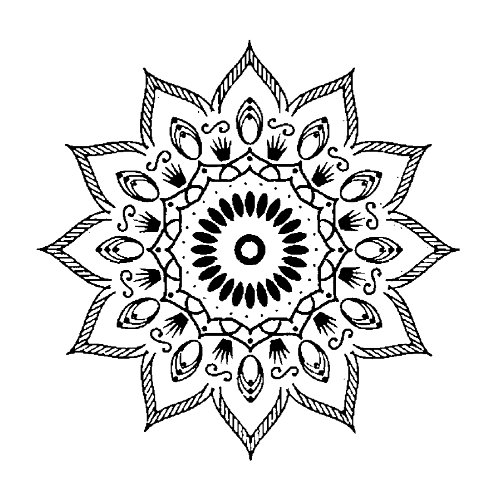
(١) في (أ، ر، ض، ع، ل، ي): «فسقط».

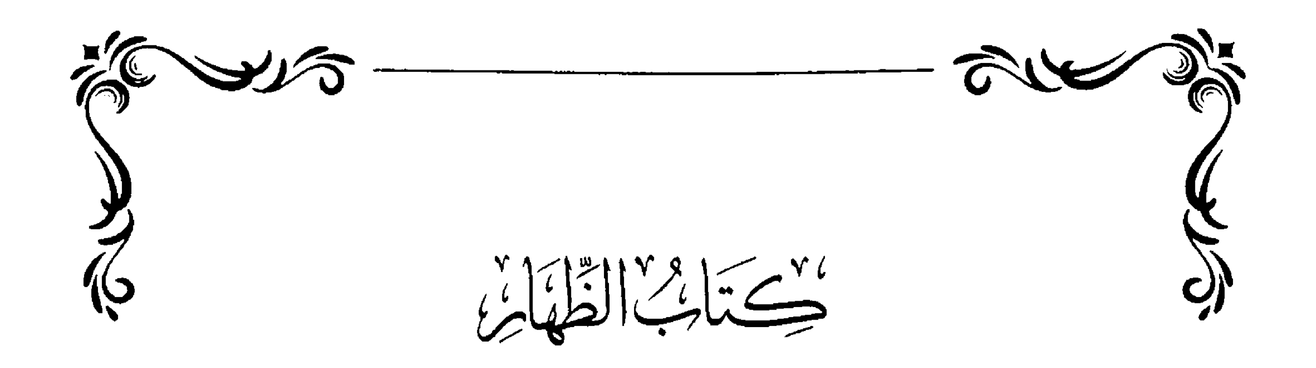
(٢) في (س): «سمينا».

(٣) في (ع): «بالديون».

(٤) في (ر، ض، ل): «فلم»، وفي (ي): «ولا».

كِتَابُ الظِّهَارِ





كتاب الظهار

حقيقةُ الظِّهارِ في الشرْعِ: أنْ يُشَبِّهَ زوجتَه أو عضوًا منها يُعَبِّرُ به عن جميعِها، أو جزءًا شائعًا منها بما [1] لا يَحِلُّ له[2] النظرُ إليه مِن امرأةٍ يَحْرُمُ عليه نكاحُها على التأبِيدِ.

وأهلُ اللغةِ لا يَعْرِفُون هذه الشرائطَ[3]، فالاسمُ شرعيٌّ فيه معْنى اللغةِ، وقد كان الظهارُ طلاقًا في الجاهليةِ، فنقَله الشرعُ إلى تحريمٍ يرتَفِعُ بالكفارةِ.

والأصلُ في ثبوتِ حكْمِ الظهارِ ما رُوِي عن خولةَ بنتِ ثعلبةَ قالتْ: كنتُ تحتَ أَوْسِ بنِ الصامتِ وكان شيخًا كبيرًا قد أَسَنَّ وضاق خُلُقُه، فراجَعتُه في بعضِ ما أَمَرني به، فقال لي: أنتِ عليَّ كظَهْرِ أُمِّي. ثُمَّ خرَج إلى مجلسٍ في نادِي قومِه، ثُمَّ عاد فراوَدَني[4] عن نفْسِي، فقلتُ: والذي نفْسُ خولةَ بيدِه، لا تَصِلُ إليَّ وقد قلتَ ما قلتَ حتى يَقْضِيَ اللَّهُ ورسولُه بينَنا. فوقَع عليَّ، فدَفَعْتُه عَنِّي بما تَدْفَعُ به المرأةُ الشيخَ الكبيرَ، ثُمَّ خرَجْتُ إلى جِيرتي[5] فأخذتُ منهم ثيابًا

(١) في (ح): «بمن»، وفي (ع): «إنما».

(٢) في (س): «إليه».

(٣) في (ي): «الشروط».

(٤) في (أ، ر، س، ض، ظ، ع): «فأرادني».

(٥) في (س): «جيراني».

فلَبِسْتُها، وأتيتُ رسولَ اللَّهِ صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ فجلستُ بينَ يدَيْهِ، وذكَرتُ[1] له ما صنَع، فقال لي: «زوجُكِ وابنُ عمِّكِ، وهو شيخٌ كبيرٌ».

فراجَعْتُه وجعَلْتُ أَشْكُو إلى اللَّهِ تعالى ما أَلْقاه مِن سُوءِ خُلُقِ أَوْسٍ، فتَغَشَّى رسولَ اللَّهِ صَلَّىٰٱللَّهُعَلَيۡهِوَسَلَّمَ الوَحْيُ كما كان يتغَشَّاه[2]، فلمَّا سُرِّي عنه[3] قال لي: «يا خَولةُ[4]، قد أَنْزَل اللَّهُ فيكِ وفي أَوْسٍ قرآنًا». وتلا [5]أَوَّلَ السُّورةِ[5]: ﴿قَدۡ سَمِعَ ٱللَّهُ قَوۡلَ ٱلَّتِي تُجَٰدِلُكَ فِي زَوۡجِهَا وَتَشۡتَكِيٓ إِلَى ٱللَّهِ﴾ الآيةَ [المجادلة: ١]، إلى آخِرِ القِصَّةِ.

ثُمَّ قال لي: «مُرِيهِ فَلْيُعْتِقْ رَقَبَةً». قلتُ: يا رسولَ اللَّهِ، واللَّهِ[6] ما عندَه ذلك. قال: «فَلْيَصُمْ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ». فَقُلْتُ: إنه شيخٌ كبيرٌ ما به مِن صومٍ. قال: «مُرِيهِ فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا وَسْقًا مِنْ تَمْرٍ». قلتُ: واللَّهِ ما يَجِدُ[7] ذلك. فقال: «إِنَّا سَنُعِينُهُ بِعَرَقٍ[8]».

---

(١) في (س، ظ): «فذكرت».

(٢) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٠): «يتغشاه: يقال: غشيه يغشاه، إذا جاءه، وغشاه تغشية، إذا غطاه، وغشي الشيء، إذا لابسه».

(٣) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٠): «سُرِّي عنه بضم السين المهملة، وكسر الراء المهملة، وبعدها ياء آخر الحروف: أي كشف، يقال: سروت الثوب، وسريته، إذا خلعته. والتشديد فيه للمبالغة».

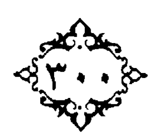
(٤) في (أ، أ٢، ض، ع): «خويلة»، وفي (ظ، نسخة مشار إليها بحاشية ح): «خويلية».

(٥-٥) في (ر): «قوله تعالى»، وفي (ض): «أول سورة»، وفي (ي): «سورة».

(٦) القسم ليس في (س، ع، ي).

(٧) رسمت بغير نقط في (أ، س، ض، ظ)، وفي (ر): «تجد»، في (ع): «نجد».

(٨) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢١): «العَرَق بفتح العين المهملة، والراء =



فقلتُ: يا رسولَ اللَّهِ، وأنا أُعِينُه بِعَرَقٍ. فقال: «افْعَلِي واستَوْصِي به خيرًا». ففعَلتُ ما أَمَرنِي به رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ»[1].

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: وإذا قال الرجلُ[2] لامرأتِه: أنتِ عليَّ كظَهْرِ أُمِّي. فقد حرُمتْ عليه لا يَحِلُّ له وطْؤُها، ولا لَمْسُها، ولا تقْبِيلُها، حتى يُكفِّرَ عن ظِهارِه.

وذلك لأن الظهارَ يتعلَّقُ به تحريمٌ لا[3] يَرْتَفِعُ[4] إلا بالكفارةِ، فما لم يُوجَدْ سببُ الإباحةِ لا يَزولُ التحريمُ بوجْهٍ؛ لا بملْكِ اليمينِ ولا بغيرِه، وهذا كالتحريمِ المتعلِّقِ بالطلاقِ[5] الثلاثِ الذي لا يَرْتَفِعُ إلا بوَطْءِ زوجٍ، ولا يَزولُ بِمِلْكِ اليمينِ ولا بغيرِه، كذلك هذا التحريمُ لا يَزولُ[6] إلا بالكفارةِ.

وقد قال أصحابُنا: لو ظاهَر مِن امرأتِه [وهي أَمَةٌ، ثُمَّ اشْتَراها لم يَجُزْ له وَطْؤُها بملْكِ اليمينِ[7].

المهملة، وآخره قاف: زنبيل منسوج من نسائج الخوص، وكل شيء مضفور فهو عَرَق، وعَرَقة بفتح الراء فيهما». ينظر: «المغرب» (٢/ ٥٦).

(١) أخرجه أحمد (٢٧٣١٩)، وأبو داود (٢٢١٤، ٢٢١٥)، وابن حبان (٤٢٧٩)، والبيهقي (٧/ ٣٨٩). قال ابن كثير في «إرشاد الفقيه» (٢/ ٢٠٧): «إسناده مشهور، وله طرق تقوِّيه». وقال ابن حجر في «موافقة الخبر الخبر» (١/ ٥٠١): «هذا حديث حسن». وينظر: «التلخيص الحبير» (٣/ ٢٢٠، ٢٢١).

(٢) في (ح، س، ظ، غ، ونسخة مختصر القدوري): «الزوج».

(٣) في (أ، ر، ض، ع): «ما».

(٤) في (أ٢): «يرفع».

(٥) في (ي): «بالطلقات».

(٦) في (ي): «يرتفع».

(٧) بعده في (أ٢، ي): «حتى يكفر»، وهو الموافق لما في بعض مصادر التخريج. =



وكذلك لو ظاهَر مِن امرأتِه](1) الحرَّةِ، ثُمَّ طلَّقها وتزوَّجتْ بزوجٍ آخرَ(2)، وعادَتْ إليه، لم يَحِلَّ له وطؤُها حتى يكفِّرَ لِما ذكَرْناه.

وأما قولُه: لا يَمَسُّها ولا يُقَبِّلُها. فلقولِه تعالى: ﴿مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ﴾ [المجادلة: ٣]. ولأنه قولٌ أوجَب تحريمَ الوَطْءِ فحرُم ما دُونَه مِن الاستمتاعِ، أصلُه الطلاقُ الثلاثُ.

قال: فإنْ وَطِئها قبلَ أن يُكفِّرَ، استغْفَرَ اللَّهَ تعالى، ولا شيءَ عليه غيرَ الكفارةِ الأُولَى، ولا يُعاوِدُ(3) حتى يُكفِّر.

وذلك لِما روَى ابنُ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: أن رجلًا(4) ظاهَرَ مِن امرأتِه فرأى خَلْخالَها في القَمَرِ فوقَع عليها، ثُمَّ جاء إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فذكَر ذلك له، فقال: «استغْفِرِ اللَّهَ تعالى ولا تَعُدْ(5) حتى تُكفِّرَ»(6). ولم يأْمُرْه بالكفارةِ، فلو وجبتْ عليه لَبيَّنَها له.

وينظر: «الأصل» (٥/ ١٤)، و«المبسوط» (٦/ ٢٣٣)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٥)، و«العناية» (٤/ ٢٥٥)، و«البناية» (٥/ ٥٤٠).

(١-١) ما بين المعقوفين ليس في (س، ظ، غ).

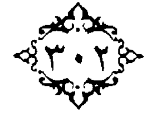
(٢) من (ح، ر، ض).

(٣) في (ح، ل): «يعاودها».

(٤) كتب بين السطرين في (ح): «اسمه سلمة بن صخر».

(٥) في (أ، أ٢، ع، غ): «تعود».

(٦) أخرجه أبو داود (٢٢٢٣)، والترمذي (١١٩٩)، والنسائي (٣٤٥٧)، وابن ماجه (٢٠٦٥).
قال الترمذي: «هذا حديث حسن صحيح غريب».
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢١): «الخَلْخَال بخاءين معجمتين مفتوحتين، ولامين الأولى ساكنة: ومثله الخُلْخُل بالضم، والخَلْخَل بالفتح: واحد خلاخيل النساء، حلي معروف».



قال: والعَوْدُ الذي تَجِبُ به الكفارةُ أن يَعْزِمَ على وَطْئِها.

وقال الشافعيُّ: الكفارةُ تَجِبُ بالظِّهارِ والعَوْدِ، وهو إمساكُها على النكاحِ عَقِيبَ[1] الظِّهارِ، فإذا أَمْسَكها عَقِيبَ الظهار زمانًا يُمْكِنُه طلاقُها فيه استقرَّتِ الكفارةُ، وإن قال عَقِيبَ الظِّهارِ: أنتِ طالِقٌ. سقَط عنه الظِّهارُ[2].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ثُمَّ يَعُودُونَ لِمَا قَالُوا۟ فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ [المجادلة:٣،٢]. فذكَر العودَ بلفْظِ التراخِي، وهذا يَنفِي أن يكونَ العودُ الإمساكَ عن طلاقِها عَقِيبَ الظِّهارِ.

فإن قيل: قولُه تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ تقديرُه: فحَرِّرُوا رقبةً، وهذا يقتَضِي الوجوبَ، وعندَكم الكفارةُ لا تَجِبُ بنفْسِ الظِّهارِ.

قيل له: اللفظُ لفظُ الخبَرِ فما أَمْكَن أن يُحمَلَ على حقيقةِ الخبَرِ لا يَجوزُ حملُه على الأَمْرِ، واللامُ في قولِه تعالى: ﴿لِمَا قَالُوا۟﴾ هي بمنزلةِ: (إلى) كقولِه تعالى: ﴿أَوْحَىٰ لَهَا﴾ [الزلزلة: ٥]، وكقولِه تعالى: ﴿قُلِ ٱللَّهُ يَهْدِى لِلْحَقِّ﴾ [يونس: ٣٥].

وقولُه تعالى: ﴿لِمَا قَالُوا۟﴾ مصدرٌ، والقولُ في المعْنى هو المقُولُ، كقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «العَائِدُ فِي هِبَتِهِ»[3]. أي: في موهوبِه، فصار التقديرُ: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾ كفَّارةُ ظهارِهم، ثُمَّ يَعُودُون إلى مباشرةِ نسائِهم.

---

(١) في (ي): «عقب».

(٢) في (ض، ي): «الكفارة».

وينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣٠٨)، و«الحاوي» (١٠/ ٤٤٣)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٤٧٥)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٢٤٥)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٧٠).

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٨٩)، ومسلم (١٦٢٢) من حديث ابن عباس.



والتقديمُ والتأخيرُ كثيرٌ في القرآنِ[1]، وإطلاقُ العَودِ في اللغةِ إنما يُفهم منه زوالُ معْنًى، ثُمَّ عودُه، والظِّهارُ لم يُزِلِ النكاحَ فلا يكونُ إمساكُها عَوْدًا، وقد أزالَ الإباحةَ، فإذا عادتِ الإباحةُ فهو حقيقةُ العَوْدِ فحُمِل اللفظُ عليه، ولأن الطلاقَ لو أَسْقَط حكْمَ الظِّهارِ عَقِيبَ الظِّهارِ أَسْقَطَه في الثاني كالكفارةِ.

فإن قيل: إن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَوْجَب الكفارةَ على أَوْسِ بنِ الصامتِ ولم يَسْأَلْه عن العَزْمِ، فلو كان وجوبُ الكفارةِ يتعلَّقُ به لسألَه عن عَزْمِه.

قيل له: امرأةُ أوسٍ سألتِ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن ظهارِه بعْد أن رام وَطْأَها فمانَعَتْه، وهذا هو العَزْمُ، والظاهِرُ بقاؤُه عليه، فلذلك لم يَسْأَلْ عنه.

وإذا ثبَت مِن أصلِنا[2] أن العَودَ هو العزْمُ، قال أصحابُنا: إذا عزَم على وَطْئِها وجبتِ الكفارةُ فإن بدَا له في[3] الوطْءِ سقطَتْ عنه، فكأنها عندَهم لا تَجِبُ وجوبًا مستَقِرًّا؛ وذلك لأن الكفاراتِ[4] وُضِعتْ للتطهيرِ، فجاز أن يكونَ فيها ما يَجِبُ وجوبًا (٥غيرَ مستَقِرٍّ٥)، أصلُه الحدودُ.

وعندَ الشافعيِّ: تستَقِرُّ الكفارةُ بالعَوْدِ ولا تَسْقُطُ[6].

قال: وإذا قال: أنتِ عليَّ كبَطْنِ[7] أُمِّي، أو كفَخِذِها، أو كفَرْجِها فهو مُظاهِرٌ.

---

(١) بعده في (ح): «الكريم».

(٢) بعده في (ح): «عفَا اللَّهُ عنَّا».

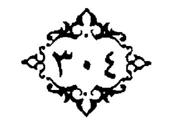
(٣) في (س، ظ، ي): «من».

(٤) في (ر، س): «الكفارة».

(٥-٥) ليس في (ي).

(٦) تقدَّم قريبًا.

(٧) في (ح، ي): «كظهر». والمثبت موافق لما في (نسخة مختصر القدوري)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٦٤)، و«الهداية» (٢/ ٢٦٥)، و«العناية» (٤/ ٢٥٠).



وذلك لأن هذه الأعضاءَ لا يَحِلُّ له النظَرُ إليها مِن أُمِّه، فصار بمنزلةِ تَشْبِيهِها بظَهْرِ أُمِّه.

قال: وكذلك إن شبَّهها بِمَن لا يَحِلُّ له النظرُ إليها على التأْبِيدِ مِن محارمِه مثلُ؛ أُختِه، أو عمَّتِه، أو أُمِّه مِن الرضاعِ.

لأن هؤلاءِ لا يَحِلُّ له النظرُ إليهنَّ على التأْبِيدِ كالأُمِّ، وعلى هذا أيضًا إذا شبَّهها بأُمِّ امرأتِه، أو بامرأةِ ابنِه لِما ذكَرْناه.

ولو شبَّهها بامرأةٍ زنى بها أبوه أو ابنُه فهو كذلك.

وإن شبَّهها بامرأةٍ قد فرَّق الحاكِمُ[1] بينَهما[2] باللِّعانِ، قال أبو يوسفَ: لا يكونُ مُظاهِرًا[3]، لأنها وإن حرُمتْ عندِي على التأْبِيدِ، فلو حكَم حاكِمٌ بجوازِ نكاحِها جاز. وأَبْطَل معْنى التأْبِيدِ.

قال أبو يوسفَ: ولو حكَم حاكِمٌ بجوازِ نكاحِ المرأةِ التي قد زنى بها أَبُوه أَبْطَلْتُه إذا رُفِعَ إليَّ، فبَقِي التحريمُ على التأْبِيدِ[4].

ولو شبَّه امرأتَه بامرأةٍ قبَّلها أبوه بشهوةٍ[5]، أو نظَر إلى فرْجِها بشهوةٍ[6]، لم يكن مُظاهِرًا عندَ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ: يكونُ مُظاهِرًا[7].

---

(١) في (ي): «القاضي».

(٢) في (ر): «بينه وبينها».

(٣) في (ي): «ظهارًا».

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٣)، و«البناية» (٥/ ٥٣٦).

(٥) في (أ، ر، ع، غ): «لشهوة».

(٦) في (أ، ر، ع، ل): «لشهوة».

(٧) ينظر: «المبسوط» (٦/ ٢٢٧)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٣)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٤٢٩).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن التحريمَ بالنظَرِ واللَّمْسِ ليس بمنصوصٍ عليه، وقد اختُلِف فيه فساغ فيه الاجتهادُ، فلم يتأبَّدِ التحريمُ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن التحريمَ بالنظَرِ منصوصٌ عليه بدليلِ قولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ كَشَفَ خِمَارَ امْرَأَةٍ فَنَظَرَ إِلَيْهَا[1] حَرُمَتْ عَلَيْهِ أُمُّهَا وَابْنَتُهَا»[2]. وحُكْمُ الحاكِمِ بخلافِ المنصوصِ لا ينفُذُ.

وقد قال الشافعيُّ: إذا شبَّهها بالأُمِّ أو الجدَّةِ فهو ظِهارٌ[3]، وإن شبَّهها بالبنتِ والأُختِ ففيه قولانِ، وإن شبَّهها بِمَن كانت حلالًا، ثُمَّ حرُمتْ، كأُمِّ امرأتِه، لم يكن مُظاهِرًا قولًا واحدًا[4].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنه شبَّهها بِمَن تحرُم عليه على التأْبيدِ كالأُمِّ.

فإن قيل: إن اللَّهَ تعالى ذكَر التشبيهَ بالأُمِّ خاصةً.

قيل له: ولكنه علَّل بكَوْنِه مُنْكَرًا مِن القولِ وزُورًا، وهذا موجودٌ في التشبيهِ بالبنتِ والأُختِ.

---

(١) في (س، غ، ي): «إلى فرجها»، وبعده في (ي): «فقد».

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٤٩٠) من طريق حجاج، عن أبي هانئ قال رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «من نظر إلى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها». قال ابن حجر في «فتح الباري» (٩/ ١٥٦): «حديث ضعيف... وإسناده مجهول؛ قاله البيهقي». وينظر: «السنن الكبرى» للبيهقي (٧/ ١٦٩)، و«معرفة السنن» (١٠/ ١١٧).

(٣) في (ع، ل، ي): «مظاهر».

(٤) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٩٥)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٠٧)، و«الحاوي» (١٠/ ٤٣١، ٤٣٢)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٦٤).



قال: وكذلك إن قال: رأسُكِ عليَّ كظَهْرِ أُمِّي، أو فَرْجُكِ، أو وَجْهُكِ، أو رَقَبَتُكِ، أو نصفُكِ، أو ثلثُكِ[1].

وذلك لما بيَّنَّا في الطلاقِ: أن هذه الأعضاءَ يُعَبَّرُ بها عن الجملةِ، فذكْرُها كذِكْرِ المرأةِ بعَينِها، وأما الجزءُ الشائعُ فيتعلَّقُ به التحريمُ، ثُمَّ يَسْرِي إلى الجملةِ، وقد بيَّنَّا ذلك في الطلاقِ أيضًا.

قال: وإنْ قال: أنتِ عليَّ مثْلُ أُمِّي. رُجِع[2] إلى نِيَّتِه، فإنْ قال: أرَدْتُ[3] الكرامةَ. فهو كما قال، وإنْ قال: أرَدْتُ الظِّهارَ. فهو ظِهارٌ، وإنْ قال: أرَدْتُ الطلاقَ. فهو طلاقٌ بائنٌ، وإن لم تَكُنْ له نِيَّةٌ فليس بشيءٍ.

وهذا قولُ أبي حنيفةَ، وقال أبو يوسفَ: هو إيلاءٌ. وقال محمدٌ: هو ظِهارٌ[4].

والخلافُ بينَهم إذا لم تَكُنْ له نِيَّةٌ.

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن هذا اللفظَ يَحتَمِلُ التشبيهَ في الكرامةِ، وفي التحريمِ، والظِّهارِ، والطلاقِ، وليس بصريحٍ في واحدٍ منهما[5]، فوجَب أن يَقِفَ على نِيَّتِه كسائرِ الكناياتِ، فإذا لم يَنوِ لم يَقَعْ به شيء، وليس كذلك إذا قال: أنتِ عليَّ كظَهْرِ أُمِّي. لأنه صريحُ[6] الظِّهارِ، فلا يَنْوِي فيه كما لا يَنْوِي في صريحِ الطلاقِ.

---

(١) في (ع): «قلبك».
(٢) في (س، ض، ي): «يرجع».
(٣) بعده في (أ): «من»، وفي (أ٢، ر، س، ض): «به»، وفي (س، ع، غ): «في».
(٤) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٦٥)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٤٣٠)، و«العناية» (٤/ ٢٥٢)، و«البناية» (٥/ ٥٣٧).
(٥) في (ر، ظ، ي): «منها».
(٦) بعده في (س، ض): «في».



وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن هذا اللفظَ يَحْتَمِلُ البينونةَ، والتحريمَ، والظِّهارَ، فيثْبُتُ التحريمُ؛ لأنه متيقَّنٌ، وهذا الذي ذكَره لا يَصِحُّ؛ لأن الإكرامَ مِمَّا يحتَمِلُه اللفظُ أيضًا وما زاد عليه مشكوكٌ فيه فلا يثبُتُ إلا ببيِّنةٍ[1].

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن لفظَ التشبيهِ يَخْتَصُّ بالظهارِ فصار حَمْلُه عليه أَوْلى، وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن الظهارَ لا يَقِفُ على التشبيهِ بدليلِ أنه لو قال: أنا مِنكِ مُظاهِرٌ. كان مُظاهِرًا.

قال: ولا يكونُ الظهارُ إلا مِن زوجتِه، فإنْ ظاهَر مِن أَمَتِه لم يَكُنْ مُظاهِرًا.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿ وَٱلَّذِينَ يُظَٰهِرُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ ﴾، وإطلاقُ هذا اللفظِ لا يَتناوَلُ الأَمَةَ، ولأنه تحريمٌ يَخْتَصُّ بالقولِ، فلا يَلْحَقُ الأَمَةَ كالطلاقِ.

وقد قالوا: يَصِحُّ ظِهارُه مِن المطلَّقةِ الرجعيةِ ولا يَصِحُّ مِن البائنِ؛ لأن الرجعيَّةَ زوجةٌ على ما بَيَّنَّاه فيما تقدَّم، فأما المبتوتةُ فهي محرَّمةٌ بالطلاقِ، وتحريمُ الطلاقِ آكَدُ مِن تحريمِ الظِّهارِ، فلا مَعْنى لإدخالِ أَخَفِّ التحريمَيْنِ على آكَدِهما[2].

قال: ومَن قال لنسائه: أَنْتُنَّ عليَّ كظَهْرِ أُمِّي. كان مُظاهِرًا مِن جماعتِهنَّ وعليه لكلِّ واحدةٍ كفارةٌ.

وقال الشافعيُّ: عليه كفارةٌ واحدةٌ إذا ظاهَر منهنَّ بكلمةٍ واحدةٍ. في قولِه القديمِ[3].

---

(١) في (أ، ح، ض، ظ، ع): «بنية».

(٢) ينظر: «التجريد» (٩/ ٤٤٣٤)، و«المبسوط» (٦/ ٢٣٩)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٨٠).

(٣) والمذهب الجديد عليه في كل واحدة كفارة. ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣٠٧)، و«الحاوي» =



لنا: أن الكفارةَ يتعلَّقُ وجوبُها بالعَوْدِ، وعَوْدُه في كلِّ واحدةٍ منهنَّ غيرُ عَوْدِه في الأُخْرى، فإذا اختلَف المعْنى الموجِب للكفارةِ وجَب بكلِّ واحدٍ[1] الكفارةُ[2] كما لو ظاهَر منهنَّ على الانفرادِ.

فإن قيل: كلمةٌ تَجِبُ بمخالفتِها الكفارةُ فوجَب أن تُجْزِئَ كفارةٌ واحدةٌ، أصلُه إذا قال: واللَّهِ لا أَطَؤُكُنَّ.

قيل له: الكفارةُ في اليمينِ تَجِبُ لِحُرْمةِ الاسمِ، والاسمُ واحدٌ فلا يَجِبُ بالمخالفةِ فيه إلا كفارةٌ واحدةٌ، وفي مسألتِنا الكفارةُ تَجِبُ بالعَوْدِ، والعَوْدُ يَخْتَلِفُ فيهنَّ.

وقد قال أصحابُنا: إذا قال لها: أنتِ عليَّ كظَهْرِ أُمِّي. ولم تكن له نيةٌ فهو ظِهارٌ في القضاءِ وفيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى، فإن قال: أردْتُ به الطلاقَ، أو أردتُ التحريمَ. لم يكن إلا ظِهارًا؛ وذلك لأن هذا صريحٌ في الظِّهارِ[3].

ألا تَرَى أن الصريحَ ما استعْمَله أهلُ اللغةِ في شيءٍ دُونَ غيرِه، وهذا موجودٌ في الظِّهارِ فلا يَجوزُ أن يُصرَفَ بالنيةِ عمَّا وُضِع له، كما لا يَنْصَرِفُ[4] عن[5]

(١٠/ ٤٣٨)، و«المهذب» (٣/ ٦٨)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٤٩٤)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٢٥٩)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٧٥).

(١) في (أ٢، غ، ي): «واحدة».

(٢) في (ح، ر، ظ، ي): «كفارة».

(٣) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢١١)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣١).

(٤) في (ي): «يصرف».

(٥) ليس في (ح، ي)، وفي (س): «من»، وفي (ل): «غير».



صريحِ الطلاقِ[1]، ولا يُعْتبَرُ[2] فيه أيضًا النيةُ كما لا يُعتبَرُ في صريحِ الطلاقِ.

وقالوا أيضًا: لا ينْبَغِي للمرأةِ أن تَتْرُكَه لِيقْرَبَها؛ لأنها محرَّمةٌ عليه، ولها المطالبةُ عندَ الحاكمِ بالوَطْءِ، وعلى الحاكمِ أن يُجْبِرَه حتى يُكفِّرَ وَيَطَأَ؛ وذلك لأنه مُضِرٌّ بها في ذلك، فكان للحاكمِ إلزامُه حقَّها ورفعُ الضررِ[3] عنها[4].

قال: وكفارةُ الظِّهارِ عِتْقُ رقبةٍ، فإنْ لم يَجِدْ فصيامُ شهرَيْنِ مُتتابِعَيْنِ، فإنْ لم يَستَطِعْ فإطعامُ ستينَ مِسْكِينًا، كلُّ ذلك قبْلَ المَسِيسِ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مِّن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۚ ذَٰلِكُمْ تُوعَظُونَ بِهِۦۚ وَٱللَّهُ بِمَا تَعْمَلُونَ خَبِيرٌ ۝٣ فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّاۖ فَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ﴾ [المجادلة: ٣: ٤]. ولم يَشْتَرِطْ[5] فيه المسيسَ، ولكنه عندَنا مشروطٌ؛ لأنه لا يأْمَنُ أن يَقْدِرَ على العِتْقِ أو الصومِ في خلالِ[6] الإطعامِ فينتَقِلَ إليه فيكونَ قد جامَع قبْلَه، وذلك لا يَصِحُّ، وهذه الكفارةُ على الترتيبِ؛ لأن اللَّه تعالى ذكَرها بلفظِ الترتيبِ.

قال: ويُجْزِئُ في العتقِ الرقبةُ الكافرةُ والمسلمةُ، والذَّكَرُ والأُنثى، والصغيرُ والكبيرُ.

---

(١) بعده في (ي): «عن ظاهره».

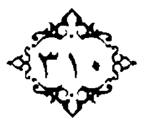
(٢) في (ي): «تعتبر».

(٣) في (س): «المضرة».

(٤) ينظر: «المبسوط» (٦/ ٢٣٠)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٤).

(٥) في (أ، ض): «يشرط».

(٦) في (أ، ر، ض): «حال».



أما جوازُ الصغيرِ والأُنثى فلأنه يَتناوَلُه اسمُ الرقبةِ ولا نقْصَ فيه فصار كالذَّكَرِ الكبيرِ، وأما جوازُ الرقبةِ الكافرةِ، خلافَ ما قاله الشافعيُّ[1]، فلقولِه تعالى: ﴿فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ﴾ وهو عامٌّ، ولأنها رقبةٌ كاملةُ الرِّقِّ والأعضاءِ لم يَسْلَمْ له عنها بدَلٌ، فجاز عِتْقُها في الكفارةِ كالمسْلِمةِ.

فإن قيل: إنه تكفيرٌ بعِتْقٍ، فلا يَجوزُ فيه الرقبةُ الكافرةُ، أصلُه كفارةُ القتلِ.

قيل له: كفارةُ القتلِ وجبتْ بهتْكِ حرمةِ النفْسِ، وهذه الكفارةُ وجبتْ بتحريمِ ملْكِه، وحكْمُ هتْكِ حرمةِ النفْسِ أعظمُ، فإذا تغلَّظتِ الكفارةُ لِتغلُّظِ إحدى الحُرْمَتَيْنِ لا يَجِبُ أن تتغلَّظَ الأخرى.

قال: ولا تُجْزِئُ[2] العمياءُ، ولا المقطوعةُ اليدَيْنِ أو الرِّجْلَيْنِ.

وذلك لأن منفعةَ الجنسِ قد فُقِدتْ، فمنَع ذلك مِن العِتْقِ كالميِّتِ.

قال: ويَجوزُ الأَصَمُّ والمقطوعُ إحْدَى اليدَيْنِ وإحدَى الرِّجْلَيْنِ مِن خلافٍ.

أما المقطوعُ مِن خِلافٍ فمنفعةُ المشْيِ والبَطْشِ فيه باقيةٌ فصار كالأَعْورِ، وقد قال الشافعيُّ: إنه لا يَجوزُ، وإن كانتْ أُنْملَةٌ مِن إبهامِه مقطوعةً؛ لأنه نقْصٌ يَضُرُّ بالعملِ ضَرَرًا بَيِّنًا، فصار كالمقطوعِ اليدَيْنِ[3].

---

(١) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٩٨)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٠٩)، و«الحاوي» (١٠/ ٤٦١)، و«المهذب» (٣/ ٦٩)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٥٢٤).

(٢) في (س): «يجوز».

(٣) ينظر: «الحاوي» (١٠/ ٤٩٢)، و«المهذب» (٣/ ٧٠)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٥٥٤)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٤٢٥)، و«التهذيب» (٦/ ١٦٨)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٨٤).



وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن مقطوعَ اليدَيْنِ قد عُدِمتْ فيه[1] منفعةُ الجنسِ فصار كموتِه، وفي مسألتِنا لم يُعْدَمْ[2] فهو[3] كقطعِ أُنملةٍ مِن السبَّابةِ.

وأما الأَصَمُّ فكان القياسُ أن لا يَجوزَ؛ لأن منفعةَ الجنسِ قد عُدِمتْ، والاستِحْسانُ أن يَجوزَ؛ لأن الأصمَّ يَسْمَعُ إذا صاح الإنسانُ به، فمنفعةُ الجنسِ باقيةٌ، وإنما هي ناقصةٌ وذلك لا يَمْنَعُ، وإنما الذي لا يَسْمَعُ هو الأَخْرَسُ، وذلك لا يَجوزُ عِتْقُه عن[4] الكفارةِ[5].

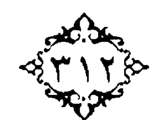
قال: ولا يَجوزُ المقطوعُ[6] إِبْهامَيِ[7] اليدَيْنِ.

وذلك لأن قطعَ الإبهامِ يُذْهِبُ قوَّةَ اليدِ ويَمْنَعُ العملَ بها، فصار كقَطْعِها، فأمَّا المقطوعُ الأُذُنَيْنِ فيَجوزُ؛ لأن الأذنَ الشاخصةَ إنما تُرادُ للزينةِ، وعدَمُها لا يُبْطِلُ منفعةَ الجنسِ فلم يَمْنَعِ[8] العتقَ.

(10**قال**: ولا[9] المجنونُ الذي لا يَعْقِلُ.

لأن منفعةَ الجنسِ معدومةٌ فيه فهو كالميِّتِ10).

(1) ليس في (ض)، وفي (أ، ر، ع، ل، ي): «منه».
(2) في (ي): «تنعدم».
(3) في (ح، ي): «فصار».
(4) في (أ2، ح، غ): «في».
(5) قال في حاشية (ح): «قال ابن عطية في تفسير سورة البقرة: الأصم الذي لا يسمع، والأبكم الذي لا ينطق ولا يفهم، فإذا فهم فهو الأخرس، وقيل: الأبكم والأخرس واحد». وينظر: «المحرر الوجيز» لابن عطية (1/ 100).
(6) في (س، ل، ي): «مقطوع».
(7) في (ح، ظ): «إبهام».
(8) في (ي): «تمنع».
(9) بعده في (أ2): «يجزئ»، وفي (غ): «يجوز».
(10-10) ما بين القوسين ليس في (أ، ل).



قال: ولا يُجْزِئُ[1] عِتْقُ المُدبَّرِ، وأُمِّ الوَلَدِ، والمُكاتَبِ الذي أدَّى بعضَ المالِ.

أما أُمُّ الولَدِ فَرِقُّها ناقصٌ بدليلِ أنه مُسْتَحَقٌّ لِغيرِ[2] الكفارةِ[3]، والواجِبُ عليه إيقاعُ العِتْقِ في رِقٍّ كاملٍ ولم يُوجَدْ ذلك، وأما المدبَّرُ فلأنَّ رِقَّه أيضًا ناقصٌ، ولأن عتْقَه يتعلَّقُ بموتِ المَوْلَى على الإطلاقِ فصار كأُمِّ الولدِ.

وأما المُكاتَبُ إذا أدَّى بعضَ المالِ فلا يَجوزُ؛ لأن المَوْلَى قد سلَّم له العِوَضَ عن رِقِّه فاتُّهِم في عتْقِه وصار كالعتْقِ على مالٍ، فلم يَجْزْ عن الكفارةِ، وكذلك لا يَجوزُ أن يُعْتِقَ عن كفارتِه عبدًا على مالٍ؛ لأن عتقَ الكفارةِ مستَحَقٌّ على وجْهِ القُرْبةِ، والعِوَضُ[4] يُبْطِلُ معْنى القُرْبةِ، الدليلُ عليه قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بَشِّرْ أُمَّتِي بِالسَّنَاءِ وَالتَّمْكِينِ مَا لم يَعْمَلُوا عَمَلًا لِلْآخِرَةِ يَبْتَغُوا[5] بِهِ الأجرَ[6]».

---

(١) في (س، ظ، ع، غ، ي): «يجوز».

(٢) في (أ٢، ض، ظ، ي): «بغير».

(٣) أي: إن أم الولد مستحقة للعتق بسبب سابق، وهو الاستيلاد. ينظر: «المبسوط» (٧/ ٩)، و«العناية» (٥/ ١٦٨)، و«البناية» (٥/ ٥٤٦).

(٤) في (ي): «والعتق على مال».

(٥) في (ح): «ويبتغون»، وفي (ر، ع، ل): «يتبعوا»، وفي (س): «لتبغوا».

(٦) ليس في (ل)، وفي (ح، س، ظ، ي): «الآخرة»، وفي (ر): «الآخر»، ووقع في «المبسوط» (٧/ ٥) بلفظ: «بشر أمتي بالسناء والتمكين ما لم يبتغوا بعمل الآخرة الدنيا».

والحديث أخرجه أحمد (٢١٢٢٠، ٢١٢٢٣، ٢١٢٢٢)، والحاكم (٤/ ٣١١، ٣١٨) من حديث أبي بن كعب، قال: قال رسول الله صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «بشر أمتي بالسناء والرفعة والتمكين في البلاد ما لم يطلبوا الدنيا بعمل الآخرة، فمن طلب الدنيا بعمل الآخرة لم يكن له في الآخرة من نصيب». قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (١٠/ ٢٢٠): «ورجال أحمد رجال الصحيح». وانظر: «مختصر تلخيص الذهبي» (٦/ ٣٠٠٩-٣٠١٢). =



قال: فإنْ أَعْتَق مُكاتَبًا لم يُؤدِّ شيئًا جاز.

وقال زفرُ: لا يَجوزُ[1]. وهو قولُ الشافعيِّ[2].

لنا: أنها رقبةٌ كاملةُ الرِّقِّ والأعضاءِ فجاز عِتْقُها عن الكفارةِ إذا لم يُسَلَّمْ له عِوَضٌ عن شيءٍ منها، أصلُه العبدُ القِنُّ[3]؛ والدليلُ على كمالِ رقِّ المكاتَبِ: أنه إذا عجَز جاز بيعُه، ولو أَوْجَبتِ الكتابةُ نقصًا لم يَرْتَفِعْ ذلك النقْصُ أبدًا كالاستيلادِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أنه عِتْقٌ مستَحَقٌّ بغيرِ سببِ الكفارةِ، فلا يَجوزُ صَرْفُه إلى الكفارةِ، أصلُه عِتْقُ أُمِّ الولدِ، وهذا يَبْطُلُ به إذا (٤أَعْتَق عبدًا٤) بشرطٍ، ثُمَّ أَعْتَقه عن كفارتِه قبْلَ وجودِ الشرْطِ[5].

والمعنى في أُمِّ الولدِ أن رِقَّها ناقصٌ بدليل أنها لا تَعُودُ إلى حالِ المملوكِ القِنِّ بحالٍ وهي في ملْكِ[6] المَوْلى، وفي مسألتِنا بخِلافِه.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢١): «السَّناء: أي ارتفاع المنزلة والقدر عند اللَّه تعالى».

(١) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٦٧)، و«العناية» (٤/ ٢٦١)، و«البناية» (٥/ ٥٤٧).

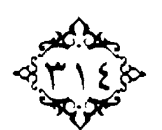
(٢) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٩٩)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٠٩)، و«الحاوي» (١٠/ ٤٧٠)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٨٦).

(٣) القن: من العبيد الذي ملك هو وأبواه، وكذلك الاثنان والجمع والمؤنث. ينظر: «المغرب» (٢/ ١٩٧).

(٤-٤) في (ر، س، ش، ض): «علق عتق عبد»، وفي (ي): «علق عتق عبده».

(٥) بعده في (ي): «فإنه يجوز».

(٦) في (أ، ع): «حكم».



قال: فإن اشْتَرَى أباه أو ابْنَه يَنْوِي بالشِّراءِ[1] الكفارةَ جاز عنها[2].

وهذا الذي ذكَره استِحْسانٌ، والقياسُ أن لا يَجوزَ، وبه قال زفرُ[3]، والشافعيُّ[4].

وجْهُ الاستحسانِ: أنـه ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ فجاز عِتْقُه عن كفارتـه أصلُه الأخُ، ولأن السببَ الموجِبَ للحرِّيةِ مِن جهتِه وُجِد مقارِنًا لنية الكفارةِ، فصار كقولِه لعبدِه: أنتَ حُرٌّ.

وجْهُ القياسِ: أنه عِتْقٌ مستَحَقٌّ بسببٍ (٥سابِقٍ لسببِ٥) الكفارةِ، فلا يَجوزُ صرْفُه إلى الكفارةِ كعِتْقِ أُمِّ الولدِ.

الجوابُ: أن عِتْقَ أُمِّ الولـدِ لا يُجْزِئُ عـن كفارةِ غيرِه، فلم يَجُزْ عن كفارتِه، وفي مسألتِنا بخِلافِه.

قال: وإنْ أَعْتَق نصفَ عبدٍ مُشْتَرَكٍ عن كفارتِه، وضَمِن قيمةَ[6] باقِيه فأَعْتَقَه، لم يَجْزْ عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُجْزِئُه إن كان المعْتِقُ موسِرًا[7].

---

(١) ليس في (س، ي).

(٢) في (ظ): «عليها»، وفي (ي): «عتقهما».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٥/ ١٠٠)، و«الهداية» (٢/ ٣٣٢)، و«العناية» (٥/ ١٦٥)، و«البناية» (٥/ ٥٤٨).

(٤) ينظر: «روضة الطالبين» (٣/ ٤٠٥)، و«كفاية النبيه» (٩/ ١٠٩)، و«النجم الوهاج» (٤/ ٨٥).

(٥-٥) ليس في (أ٢)، وفي (ي): «سابق على».

(٦) ليس في (ظ)، وفي (س): «قيمته».

(٧) ينظر: «الأصل» (٥/ ١٨)، و«الهداية» (٦/ ٢٦٧)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٤٣٥)، و«العناية» (٤/ ٢٦٣).

وقال الشافعيُّ: إذا أَعْتَق نصيبَه ونوَى عندَ الإيقاعِ[1] أن يكونَ العِتْقُ الموقَعُ وما يَسْرِي إليه عن كفارتِه أجزأه[2].

وهذه المسألةُ مبنيةٌ على جوازِ تبعيضِ الحرِّيَّةِ، فعند أبي حنيفةَ أنها تتبعَّض، فلما[3] أَعْتَق نَصِيبَه عتَق ونقَص نصيبُ شريكِه لاستحقاقِه[4] الحرِّيَّةَ، ولِتعذر[5] التصرُّفِ فيه بالتمليكِ، وذلك النقْصُ[6] لم يَنْصَرِفْ إلى الكفارةِ؛ لأنه ليس في مِلْكِه، وإذا كان كذلك لم يَجُزْ عتقُه عن الكفارةِ [7]مع نقصانِه[7].

وأما على أصلِهما: فإن العتقَ لا يتبعَّض، فعِتْقُ البعضِ عِتْقُ الجميعِ، فيَجوزُ عن الكفارةِ إذا كان المعْتِقُ مُوسِرًا، فأما إذا كان المعْتِقُ مُعْسِرًا فقد لَزِم العبدَ السعايةُ، فصار[8] بمنزلةِ العِتْقِ على عِوَضٍ، فلا يُجْزِئُ[9] عن الكفارةِ.

وأما الشافعيُّ: فعندَه أن العِتْقَ لا يتبعَّضُ حالَ اليسارِ، فعِتْقُه للبعضِ عِتْقٌ للجميعِ فيُجْزِئُ، وفي حالِ الإعسارِ يُعْتَقُ نصيبُ المعْتِقِ ولا يَنْقُصُ الباقِي؛ لأنه

---

(١) في (ح): «الإعتاق».

(٢) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣٠٩)، و«الحاوي» (١٠/ ٤٧٨)، و«المهذب» (٣/ ٧٢)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٢٧٧)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٢٨٩).

(٣) في (أ٢): «فإذا»، وفي (ع): «ولما».

(٤) في (س، ظ): «لاستحقاق».

(٥) في (س): «يتعذر»، وفي (ي): «تعذر».

(٦) في (س): «البعض».

(٧-٧) في (ي): «لنقصانه».

(٨) في (ظ): «فكان»، وفي (ي): «وكان».

(٩) في (ح): «يجوز».



لا يَسْتَحِقُّ الحريةَ عندَه، ويَجوزُ تصرُّفُه فيه بالبيعِ فإذا ملَكه فأَعْتَقه جاز.

قال: وإنْ أَعْتَق نصفَ عبدِه عن كفارتِه، ثُمَّ أَعْتَق باقِيَه عنها جاز[1].

وهذا الذي ذكَره استِحْسانٌ، وكان القياسُ أن لا يُجزِئَه عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنه لمَّا أَعْتَق النصفَ صارَ النصفُ الباقِي[2] ناقِصًا بعِتْقِه فلا يُجْزِئُه كالعبدِ المشترَكِ، إلا أنه استَحْسَن في ذلك، وقال: يَجوزُ لأن ذلك النقصَ[3] الذي حصَل بعِتْقِ النصفِ الأوَّلِ نقَص مِن مِلْكِه حصَل بعِتْقِه، فيَنْصَرِفُ[4] إلى الكفارةِ، فصار كأنه أَعْتَق نصفَه وجُزْءًا، ثُمَّ أَعْتَق الباقِي.

قال: وإن أَعْتَق نصفَ عبدِه عن كفارتِه، ثُمَّ جامَع التي ظاهَر منها، ثُمَّ أَعْتَق باقِيَه لم يَجُزْ[5].

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ؛ لأن مِن أصلِه أن العِتْقَ يتبعَّضُ، وقد أَمَر اللَّهُ تعالى بتقديمِ العِتْقِ على المسيسِ، فإذا وُجِد المسيسُ في خلالِ[6] العِتْقِ فلم يُعْتِقْ على الوجْهِ المأْمورِ فلا يُجْزِئُه.

فأما على أصلِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ: فالعِتْقُ لا يتبعَّضُ، فعِتْقُ البعضِ عِتْقٌ للجميعِ، فيُجْزِئُ ذلك عن الكفارةِ[7].

---

(١) في (ي): «أجزأه».

(٢) ليس في (أ٢)، وفي (س، ي): «الثاني».

(٣) في (س): «البعض».

(٤) في (ي): «فيصرف».

(٥) في (ي): «يجزه».

(٦) في (س): «حال»، وفي (ع): «خلاف».

(٧) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٦٨)، و«العناية» (٤/ ٢٦٥)، و«البناية» (٥/ ٥٥٠).



قال: وإذا لم يَجِدِ المُظاهِرُ ما يُعْتِقُ فكفارتُه صومُ شهرَيْنِ مُتتابِعَيْنِ ليس فيهما[1] شهرُ رمضانَ، ولا يومُ الفِطْرِ، ولا يومُ النَّحْرِ، ولا أيامُ التشريقِ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ﴾، والصومُ الواقِعُ في شهرِ رمضانَ لا يَقَعُ عن غيرِ رمضانَ عندَنا، فلا يُعْتَدُّ به في بابِ الكفارةِ لاستحالةِ أن يَقَعَ الصومُ الواحدُ عن صومَيْنِ واجِبَيْنِ، وأما يومُ الأَضْحى، والفِطْرِ، وأيامُ التشريقِ فالصومُ فيها ناقِصٌ؛ لأنه مَنْهِيٌّ عنه، والواجِبُ عليه صومٌ كاملٌ، فلا يُجْزِئُ عنه الناقِصُ.

قال: وإن جامَع التي ظاهَر منها في خلالِ الشَّهْرَيْنِ ليلًا عامِدًا، أو نهارًا ناسِيًا، استأْنَف الصومَ

عند أبي حنيفةَ، ومحمدٍ.

وقال أبو يوسفَ: لا يَبْطُلُ صومُه[2]. وبه قال الشافعيُّ[3].

وجْهُ قولِهما: قولُه تعالى: ﴿فَمَن لَّمْ يَجِدْ فَصِيَامُ شَهْرَيْنِ مُتَتَابِعَيْنِ مِن قَبْلِ أَن يَتَمَآسَّا﴾، وهذا يقتَضِي صومَ شَهْرَيْنِ لا مَسِيسَ قبْلَهما[4] ولا قبْلَ بعضِهما، فإذا

(١) في (أ، ح، س، ع، ل): «فيها».

(٢) ليس في (ي)، وبعده في (س): «فيه».

وينظر: «المبسوط» (٣/ ٨٤)، (٧/ ١٤) و«الهداية» (٢/ ٢٦٨)، و«العناية» (٤/ ٢٦٦).

(٣) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٩٧)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٠٨)، و«الحاوي» (١٠/ ٤٥٢)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٢٦٥)، و«التهذيب» (٦/ ١٥٨).

(٤) في (ر): «فيهما لا قبلهما»، وفي (ي): «فيهما»، وفي (س، ش): «بينها قبلهما»، وفي (ل): «بينهما».



جامَع في خلالِهما فلم يُوجَدِ الصومُ المأمورُ به فلا يُجْزِئُه؛ ولأنها صفةٌ منصوصٌ عليها في صومِ الكفارةِ فإذا ترَكها ناسِيًا أبطَل[1] صومَ الكفارةِ، أصلُه التتابُعُ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنه وطْءٌ لا يُفْسِدُ الصومَ فلا يَقْطَعُ التتابُعَ، أصلُه وَطْءُ غيرِها.

الجوابُ: أن وَطْءَ غيرِها مُنِع منه منْعًا[2] يختَصُّ بالصومِ فلا يُبْطِلُ التتابُعَ، فأما وَطْؤُها فقد مُنِع منه منْعًا يختَصُّ الصومَ والتتابعَ، فأَبْطَل التتابعَ.

قال: وإن أفطَر في يومٍ منها بعُذْرٍ أو غيرِ عُذْرٍ استأْنَف.

وذلك لأن اللَّهَ تعالى أَوْجَبها بشرطِ التتابُعِ، فإذا عُدِم الشرْطُ لم يُجْزِئه.

وقال الشافعيُّ في أَحَدِ قوْلَيْهِ: لا يَستأْنِفُ[3]؛ لأنه فرَّق[4] صومَ الشهرَيْنِ بما لا يُنسَبُ فيه إلى التفريطِ، فلم يَمْنَعِ البناءَ (٥كالفِطْرِ بالحيضِ٥).

---

(١) في (ح، ر، ش، ي): «بطل».

(٢) بعده في (ح، س): «لا».

(٣) في مذهب الشافعية تفصيل؛ فالحيض عندهم لا يقطع التتابع، أما المرض فالمذهب الجديد أنه يقطع التتابع، والقديم: لا يقطع كالحيض. وينظر: «الأم» (٥/ ٣٠١)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣١٠)، و«الحاوي» (١٠/ ٥٠٠)، و«المهذب» (٣/ ٧٢)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٥٦٢)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٠٢).

(٤) في (ر، س): «فوت».

(٥-٥) في (ح، ونسخة مشار إليها بحاشية ي): «كالفصل بالحيض»، وفي (غ): «بالفطر كالحيض». وقال في حاشية (ح): «في كفارة القتل خطأ، إذا كان القاتل امرأة، أو أفطرت المرأة في نهار رمضان، لكن يجب عليها وصل أيام القضاء بعد الحيض، حتى لو أفطرت يومًا بعد الحيض تستقبل، ولو نفست استقبلت، ولو حاضت في كفارة اليمين تستقبل. كفاية».



وهـذا لا يَصِحُّ؛ لأن الحيضَ في صومِ الشهْرَيْنِ لا يَخْلُو منه في العادةِ فهو كزمانِ الليلِ، والمَرَضُ يَجوزُ أن يَخْلُو الصومُ منه في العادةِ فهو كيومِ النَّحْرِ، وكما لو نَسِي النيةَ مِن الليلِ.

قال: وإذا ظاهَر العبدُ لم يُجْزِئْه في الكفارةِ إلا الصومُ.

وذلك لأن العبدَ عندَنا لا يَمْلِكُ وإن مُلِّك، والعِتْقُ والصدقةُ لا يَجوزُ[1] إلا بعْدَ الملْكِ ولم يُوجَدْ، فصار مِن هذا الوجْهِ بمنزلةِ الفَقِيرِ، فتكونُ كفارتُه الصيامَ.

قال: فإن أَعْتَق المَوْلَى عنه أو أَطْعَم لم يُجْزِئه.

وذلك لِما بيَّنَّا أن مِن شرْطِ التكفيرِ بالعِتْقِ والإطعامِ الملكَ، والعبدُ لا يَمْلِكُ وإن مُلِّك، فما يَفْعَلُه المولى يَقَعُ عن نفْسِه، فلا يُجْزِئُ في الكفارةِ.

ولا يُشْبِهُ هـذا الحرَّ الفقيرَ إذا أَمَر غيرَه أن يُكفِّرَ عنه بالإطعامِ أو العِتْقِ أنه يَجوزُ؛ لأن أَمْرَه له بمنزلةِ قولِه: أَقْرِضْني ما يُطْعِمُ عَنِّي في الكفارةِ. أو: مَلِّكْني. وهو مِمَّنْ يَمْلِكه[2]، فيقوم الفقيرُ مقامَه في القَبْضِ[3]، فيَصِيرُ قابِضًا للمكفِّرِ، ثُمَّ قابِضًا لنفْسِه، فأما العبدُ فلا يَصِحُّ أن يَمْلِكَ وإن مُلِّكَ فلذلك لم يَجُزْ.

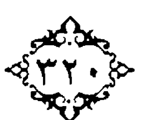
قال: وإذا لم يَسْتَطِعِ المُظاهِرُ الصيامَ، أَطْعَم سِتِّينَ مِسْكِينًا كلَّ[4] مِسكينٍ نصفَ صاعٍ مِن بُرٍّ، أو صاعًا مِن تمرٍ، أو شَعِيرٍ، أو قيمةَ ذلك.

(١) في (أ٢): «تجوز».

(٢) في (أ٢، ر، س، غ، ل، ي): «يملك».

(٣) قال في حاشية (ح): «المتصدق عليه مقام الفقير المتصدق عنه».

(٤) في (ي): «لكل».



وقال الشافعيُّ: مِن كلِّ نوعٍ مُدٌّ[1].

لنا: ما رواه الشيخُ أبو الحسنِ في «جامِعه»، في قصةِ خولةَ أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «فَلْيُطْعِمْ وَسْقًا مِنْ تَمْرٍ سِتِّينَ مِسْكِينًا».

ورواهُ مِن طريقٍ آخَرَ أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «فَلْيُطْعِمْ سِتِّينَ مِسْكِينًا». قلتُ: يا رسولَ اللَّهِ، ما عندَه. قال: «فَإِنَّا نُعِينُهُ بِعَرَقٍ مِنْ تَمْرٍ». قال: والعَرَقُ سِتُّونَ صاعًا». ولأن ما لا يتقدَّرُ[2] به الفِطْرَةُ لا يتقدَّرُ به طعامُ المسكِينِ في الكفارةِ، أصلُه ما دُونَ المدِّ.

فإن قيل: إنه طعامٌ يَجوزُ إخراجُه في الكفارةِ فلا يتقدَّرُ بالصاعِ، أصلُه الحنطةُ.

قيل له: المقصودُ بالطعامِ[3] هو الكفايةُ[4]، ومعلومٌ أن ذلك لا يَقَعُ بالحنطةِ والشَّعِيرِ على وجْهٍ واحدٍ فلم تَجُزِ[5] التسويةُ بينَهما.

وأما قولُه: أو قيمةَ ذلك. فعندَنا يَجوزُ إخراجُ القيمةِ في الكفارةِ[6]، وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[7].

---

(١) ينظر: «الأم» (٥/ ٣٠٢)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣١١)، و«الحاوي» (١٠/ ٥١٢)، و«المهذب» (٣/ ٧٣)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٥٧٣)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٠٤).

(٢) في (ر): «تتقدَّر».

(٣) في (أ٢، غ): «الإطعام».

(٤) في (غ، ي): «الكفارة».

(٥) في (ر، س، ظ، ع، ل): «يجز»، وفي (ي): «توجد».

(٦) ينظر: «العناية» (٤/ ٢٦٨)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٦٨)، و«البناية» (٥/ ٥٥٢، ٥٥٥).

(٧) ينظر: «الأم» (٧/ ٦٧)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٩٩)، و«الحاوي» (٣/ ١٧٩)، (١٥/ ٣٠٠)، و«المهذب» (٣/ ٧٤)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٤٠٢)، و«التهذيب» (٣/ ٦٥).



وهذه المسألةُ فرْعٌ على جوازِ أَخْذِ[1] القيمةِ في الزكاةِ؛ لأن المقصودَ بكلِّ واحدٍ منهما سَدُّ خَلَّةِ الفقيرِ ودَفْعُ[2] حاجتِه، وهذا موجودٌ في القيمةِ.

فإن قيل: إنه أَخْذُ ما يَقَعُ به التكفيرُ، فلا يُجْزِئُ[3] عنه القيمةُ كالعِتْقِ.

قيل له: العِتْقُ ليس بمالٍ فلا يُمْكِنُ تقويمُه، والكسوةُ والإطعامُ كلُّ واحدٍ منهما مالٌ لم يَجِبْ بِعَقْدِ معاوضةٍ فجازت القيمةُ فيه.

قال: فإن غدَّاهم وعشَّاهم جاز، قليلًا[4] أَكَلُوا أو كَثِيرًا[5].

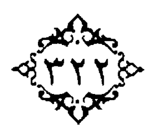
وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ في الكفارةِ إلا التمْليكُ[6].

لنا: قولُه تعالى: ﴿فَإِطْعَامُ سِتِّينَ مِسْكِينًاۚ﴾. وحقيقةُ الإطعامِ تُفِيدُ التمْكِينَ؛ ولأن المقصودَ سَدُّ خَلَّةِ الفقيرِ وهذا موجودٌ في التمْكِينِ، وهو أَولى أيضًا؛ لأنَّا نَتيَقَّنُ معه حصولَ الكفايةِ ولا نَتيَقَّنُ مع الدفْعِ.

فإن قيل: صدقةٌ وجبَتْ بالشرْعِ، فلا يَجوزُ فيها التمْكِينُ، أصلُه الزكاةُ.

قيل له: قد رُوِي عن أبي يوسفَ: أنه يُجْزِئُ[7] التمْكِينُ فيها[8]، فلا نُسلِّمُ

(١) في (أ، ر، ش، ض، ع، ل): «إخراج».
(٢) في (أ، س، ظ، ع): «رفع».
(٣) في (أ، ر): «تجزئ»، وفي (ي): «تجوز».
(٤) بعده في (س، ل): «ما».
(٥) ينظر: «الأصل» (٥/ ٢٢)، و«المبسوط» (٧/ ١٥، ١٦)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٠٣)، «الهداية» (٢/ ٢٢).
(٦) ينظر: «الأم» (٥/ ٣٠٢)، و«الحاوي» (١٠/ ٥١٧)، و«المهذب» (٣/ ٧٣)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٥٧٣)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٣٠٢)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٠٧).
(٧) في (أ٢، ح، غ، ي): «يجوز».
(٨) ينظر: «العناية» (٣/ ٤١)، و«البناية» (٥/ ٥٥٦).



على قولِه الأوَّلِ، وإن سلَّمْنا فالفَرْقُ بينَهما أن اللَّهَ تعالى أَوْجَب الزكاةَ بلفْظِ الإيتاءِ فقال: ﴿وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾، وبلفْظِ الصدَقةِ وذلك يُفِيدُ التمْليكَ، وأَوْجَب الكفارةَ بلفْظِ الإطعامِ وذلك يُفِيدُ التمْكِينَ؛ فلذلك اختَلَفا.

قال: وإن أَعْطَى[1] مسكينًا واحدًا سِتِّينَ يومًا أَجْزَأَه[2].

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ حتى يَسْتَوْفِيَ عددَ[3] المساكِينِ[4].

لنا: أنه حقٌّ يَخْرُجُ مِن المالِ، فما جاز دفْعُه إلى اثنينِ جاز تكرارُ دفْعِه إلى واحدٍ كالزكاةِ، ولأنه مسكينٌ لم يَسْتَوْفِ قوتَ يومِه مِن كفارةٍ فجاز الصرْفُ منها إليه كسائرِ المساكِينِ.

فإن قيل: إنه مسكينٌ استَوْفَى قوتَ يومِه مِن كفارةٍ فإذا أُعْطِيَ منها لم يَجُزْ، أصلُه إذا أَعْطاه[5] ثانيًا في اليومِ الأوَّلِ.

قيل له: هذا لا يَصِحُّ؛ لأنه في اليومِ الثاني لم يَسْتَوْفِ قوتَ يومِه منها، فجاز الدفْعُ إليه كما يَجوزُ إلى غيرِه.

---

(١) في (أ): «أعطاه»، وفي (ل): «أطعم».

(٢) بعده في (ح، نسخة مختصر القدوري): «وإن أعطاه في يوم واحد لم يجز إلا عن يومه». وهو الموافق لما في «الجوهرة النيرة» (٢/ ٦٨)، و«الهداية» (٢/ ٢٦٩)، و«العناية» (٤/ ٢٧١)، و«البناية» (٥/ ٥٥٧).

(٣) في (ي): «عدة».

(٤) ينظر: «الأم» (٥/ ٣٠٢)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣١١)، و«الحاوي» (١٠/ ٥١٢)، و«المهذب» (٣/ ٧٤)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٥٧٣)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٣٠٠)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٠٥).

(٥) في (أ٢، غ): «أعطاها»، وفي (ظ، ي): «أعطى».



قال: وإن قَرِب التي ظاهَر منها في خلالِ الإطعامِ لم يَسْتَأْنِفْ.

وذلك لأن الوطْءَ لم يُمْنَعْ منه لِمَعْنًى يختَصُّ بالإطعامِ، ألا ترى أن اللَّهَ تعالى لم يَشْتَرِطْ في الإطعامِ تَرْكَ المسيسِ، وإنما منَع مِن الوطْءِ لجوازِ أن يَقْدِرَ على الصومِ أو العِتْقِ، والنَّهْيُ إذا لم يَكُنْ لمعْنًى في نفْسِ المنْهِيِّ عنه لم يقتضِ الفسادَ.

قال: ومَن وجَب عليه كفارتا ظِهارٍ فأَعْتَق رقَبَتَيْنِ لا يَنْوِي إحداهما بعيْنِها جاز عنهما[1]، وإن صام أربعةَ أشْهُرٍ، أو أَطْعَم مئةً وعشرينَ مِسكِينًا جاز.

وهذا الذي ذكَره استِحْسانٌ، وأما إذا كانتا مِن جنسينِ فإنه لا يَجوزُ إلا بنيةٍ مُعيَّنةٍ.

وقال الشافعيُّ: إذا نوَى الكفارةَ فيهما[2] جاز، وسقَط عنه[3].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنهما عبادتانِ اختلَف جنسُهما، فإذا وجبتِ النيةُ لهما وجَب التعْيينُ، أصلُه الصومُ والصلاةُ.

فإن قيل: كفارةٌ واجبةٌ فلا يَفْتَقِرُ جوازُها إلى تَعْيِينِ سببِها، أصلُه إذا كان عليه كفاراتٌ مِن جنسٍ واحدٍ.

قيل له: حكمُ الجنسِ الواحدِ في نيةِ التعيينِ يُخالِفُ الجنسَيْنِ، بدلالةِ أن

(١) في (أ، س، ظ، ع، ل، ي): «عنها».

(٢) ليس في (ل)، وفي (ر، ش، ض، غ): «فيها».

(٣) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٩٩)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٠٩)، و«الحاوي» (١٠/ ٤٨٤)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٥٤٥)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٢٨٢).



قضاءَ أيامٍ مِن رمضانَ لا يَجِبُ فيه نيةُ التعْيينِ، وقضاءُ رمضانَ وصومُ النذْرِ يَفْتَقِرُ إلى (١)نيةِ التعْيينِ(١) لاختلافِ جنسِهما.

قال: وإنْ أعتَقَ رقبةً واحدةً، أو صام شَهْرَيْنِ كان له أن يَجْعَلَ ذلك عن أيَّتِهما شاء.

يَعْنِي: إذا نوَى بذلك الكفارةَ؛ وذلك لأنهما مِن جنسٍ واحدٍ، وما كان مِن جنسٍ واحدٍ فإنه يَحتاجُ إلى نيةِ[٢] التكفيرِ، فإذا وُجِد ذلك صحَّ، وله أن يَصْرِفَه إلى أيَّتِهما شاءَ لتساوِيهما.

وقد قال أصحابُنا: يَجوزُ صرْفُ الكفارةِ إلى فقراءِ أهلِ الذِّمَّةِ[٣]. وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ[٤].

لنا: أنها صدقةٌ تَجِبُ[٥] بسببٍ مِن جهتِه فجاز صرْفُها إلى أهلِ الذِّمَّةِ كصدقةِ النفْلِ.

فإن قيل: إنه مالٌ يَجِبُ دفْعُه إلى الفقيرِ بالشرْعِ فلا يَجوزُ صرْفُه إلى أهلِ الذِّمَّةِ، أصلُه الزكاةُ.

(١-١) في (أ٢، ح، غ): «تعيين النية».

(٢) في (أ، ح، غ): «تعيين»، وفي (ي): «تعيين نية».

(٣) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٢/ ٣٨٤)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٧٨)، و«المبسوط» (٧/ ١٨)، و«بدائع الصنائع» (٥/ ١٠٤).

(٤) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣٩٩)، و«الحاوي» (١٥/ ٣٠٤)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٤٠٥)، و«التهذيب» (٦/ ١٨٧).

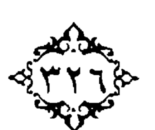
(٥) في (س، ي): «تختص».



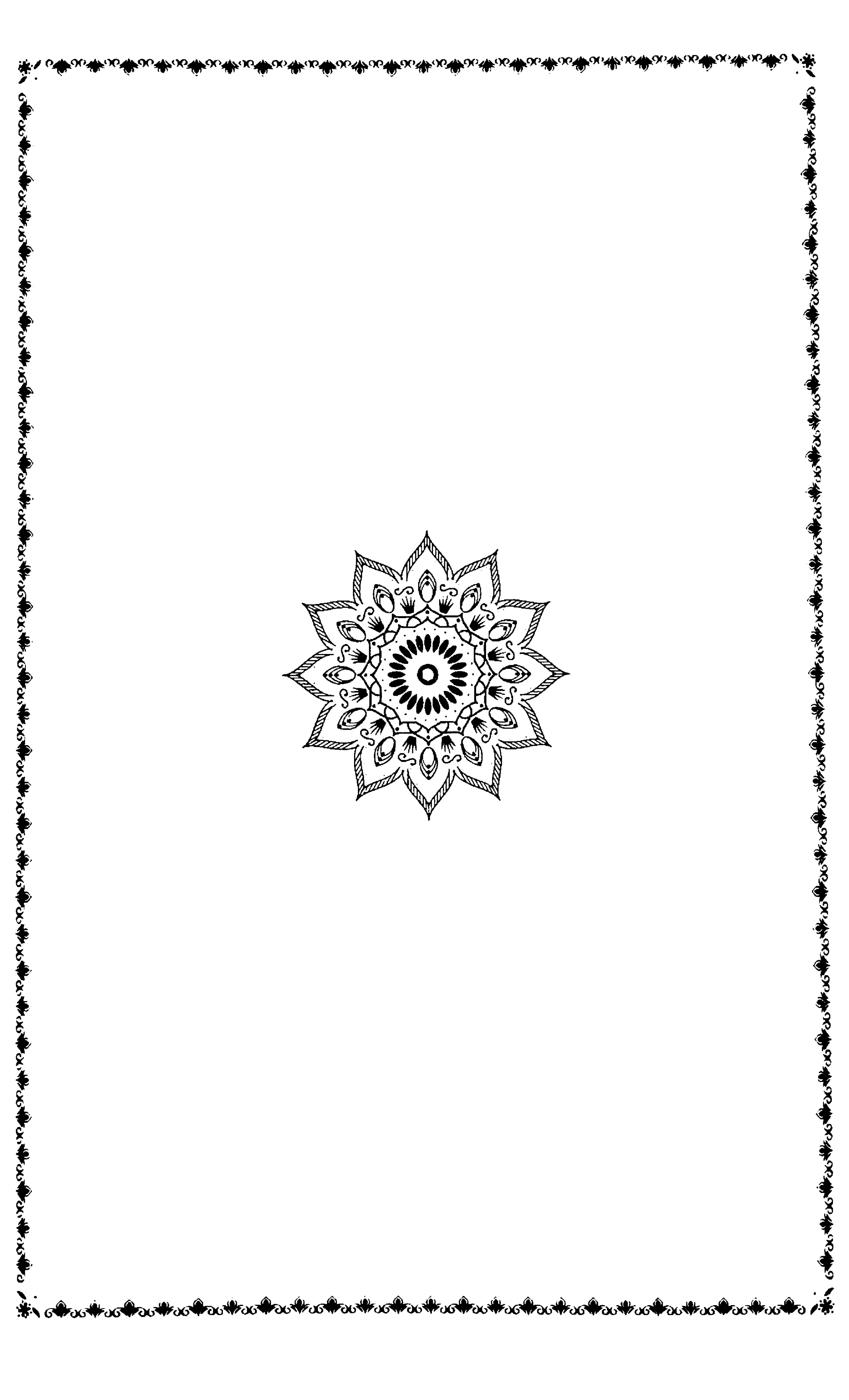
قيل له: الزكاةُ أَخْذُها إلى الإمامِ وهو قائمٌ مقامَ المسلِمِينَ، فدَلَّ أنها حقٌّ لهم فلا يَجوزُ صرْفُها إلى غيرِهم، وليس كذلك الكفارةُ؛ لأنه[1] لا حقَّ للإمامِ فيها، فهي كصدقةِ النفْلِ.

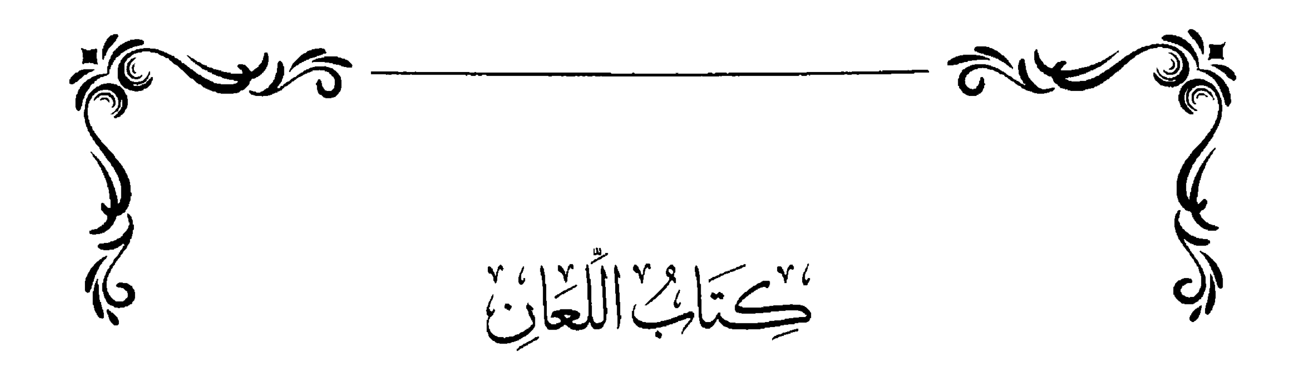
واللهُ أعلمُ

(١) في (أ، ر، ش، ض، ع، ل): «لأنها».



كِتَابُ اللِّعَانِ





كتاب اللعان

الأصلُ في ثبوتِ اللِّعانِ: ما رُوِي عن ابنِ مسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنَّه قال: «كنا جُلُوسًا في المسجِدِ ليلةَ الجمعةِ فجاء رجلٌ مِن الأنصارِ فقال: يا رسولَ اللَّهِ، أرأيتُم الرجلَ يَجِدُ مع امرأتِه رجلًا؛ فإن قتَل قتَلْتُمُوه، وإن تكلَّم جلَدْتُمُوه، وإن سكَت سكَت على غيظٍ. ثم جعَل يقولُ[1]: «اللَّهُمَّ افْتَحْ». فنزَلتْ آيةُ اللِّعانِ»[2].

وقد كان مُوجَبُ قذْفِ الزوجِ في أوَّلِ الإسلامِ الحدَّ، وقد دلَّ على ذلك قولُه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ ٱلْمُحْصَنَٰتِ ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ﴾ [النور: ٤]. وهو عامٌّ في الأجنبياتِ والزوجاتِ.

ولِما رُوِي في قصةِ ابنِ مسعودٍ أن الرجلَ قال: وإن تكلَّم جلَدْتُمُوه. وقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهلالِ بنِ أُمَيَّةَ: «ائْتِني بِأَرْبَعَةٍ يَشْهَدُونَ[3]، وإلا فحَدٌّ في ظَهْرِكَ»[4]. وقال [5]أصحابُ رسولِ اللَّه[5] صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما قذَف هلالٌ زوجتَه:

---

(١) قال في حاشية (ح): «القائل هو النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ».

(٢) أخرجه مسلم (١٤٩٥).

(٣) في (ي): «شهداء»، وبعده في (أ٢، ح): «معك».

(٤) أخرجه النسائي (٣٤٦٩)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١٠١)، وفي «مشكل الآثار» (٢٩٦١، ٥١٤٨) من حديث أنس. وهو عند مسلم (١٤٩٦)، دون هذا اللفظ.

(٥-٥) ليس في (ر).

«الآنَ يُجْلَدُ هلالُ بنُ أُمَيَّةَ، وتَبْطُلُ شهادتُه في المسلِمِينَ»[١].

ثُم نُسِخ ذلك في الزوجاتِ بآيةِ اللِّعانِ، فصار موجَبُ قذْفِ الزوجِ اللِّعانَ، وقال الشافعيُّ: موجَبُ قذْفِه الحدُّ؛ ولكن جُعِل له أن يُسْقِطَه[٢] عن نفْسِه باللِّعانِ[٣].

دليلُنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَٰجَهُمْ وَلَمْ يَكُن لَّهُمْ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦]. فذكَر قذْفَ الزوجِ وحُكْمَه، وهو اللِّعانُ، فالظاهِرُ أنَّه جميعُ الحكْمِ المتعلِّقِ به، ولأن قولَ الإنسانِ إذا أَوْجَب عليه حقًّا لآدَمِيٍّ فإنه لا يَمْلِكُ إسقاطَ ذلك الحقَّ عن نفْسِه بقولِه، أصلُه الإقرارُ وقذْفُ الأجنبيِّ.

فإن قيل: قذَف مسلمةً عفيفةً[٤] يُقْتَلُ بِقَتْلِها فوجَب أن يَلْزَمَه الحدُّ، أصلُه إذا قذَف أجنبيةً.

قيل له: قذْفُ الأجنبيةِ لمَّا وجَب به الحدُّ لم[٥] يَمْلِكْ إسقاطَه عن نفْسِه بقولِه، فلو كان قذْفُ الزوجةِ يَجِبُ به الحدُّ لم يسقُطْ بِلِعانِه.

---

(١) أخرجه أحمد (٢١٣١)، وأبو يعلى (٢٧٤٠) من طريق عباد بن منصور، عن عكرمة، عن ابن عباس. قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٥/ ١٢): «حديث ابن عباس في الصحيح باختصار، وقد رواه أبو يعلى والسياق له، وأحمد باختصار عنه، ومداره على عباد بن منصور، وهو ضعيف».

(٢) في (ر، س): «يسقط».

(٣) ينظر: «الأم» (٧/ ٩٤)، و«مختصر المزني» (٨/ ٤١٢)، و«الحاوي» (١٧/ ٢٤)، و«نهاية المطلب» (١٨/ ٦٠٣).

(٤) في (ي): «محصنة».

(٥) في (س): «لا».



قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا قذَف الرجلُ امرأتَه بالزِّنى، وهما مِن أهلِ الشهادةِ، والمرأةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قاذِفُها، أو نفَى نسَب ولدِها وطالَبَتْه بمُوجَبِ القَذْفِ فعليه اللِّعانُ.

وهذه الجملةُ تشتَمِلُ على مسائلَ:

منها: أن قذْفَ الزوجِ لا يُوجِبُ اللِّعانَ حتى يكونَ الزوجانِ مِن أهلِ الشهادةِ، وتكونَ المرأةُ مِمَّن يُحَدُّ قاذِفُها[1]، وقال الشافعيُّ: كلُّ زوجٍ صحَّ طلاقُه صحَّ لِعانُه[2].

لنا: ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «أَرْبَعَةٌ[3] لَا لِعَانَ بَيْنَهُنَّ وَبَينَ أَزْوَاجِهِنَّ؛ اليَهُودِيَّةُ وَالنَّصْرَانِيَّةُ تَحْتَ المُسْلِمِ، والمَمْلُوكَةُ تَحْتَ الحُرِّ، وَالحُرَّةُ تَحْتَ المَمْلُوكِ»[4].

ولأنه ليس مِن أهلِ الشهادةِ فلا يثبُتُ اللِّعانُ بينَه وبينَ زوجتِه كالصبيِّ والمجنونِ، ولأن الأَمَةَ لو قذَفها أجنبيٌّ لم يَجِبْ عليه الحدُّ، فإذا قذَفها الزوجُ

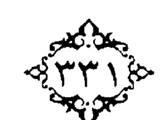
---

(١) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٧٠)، و«العناية» (٤/ ٢٧٦)، و«البناية» (٥/ ٥٦٢).

(٢) ينظر: «الأم» (٥/ ٣٠٤)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣١٢)، و«الحاوي» (١١/ ١٢)، و«المهذب» (٣/ ٨٦)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٨).

(٣) في (ض): «أربع»، وهو الموافق لما في مصادر التخريج.

(٤) أخرجه ابن ماجه (٢٠٧١)، والدارقطني (٣٣٣٩) من طريق ابن عطاء، عن أبيه، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. قال الدارقطني: «وهذا عثمان بن عطاء الخراساني، وهو ضعيف الحديث جدًّا». وأخرجه الدارقطني (٣٣٣٨) من طريق عثمان بن عبد الرحمن، عن عمرو ابن شعيب به. وقال الدارقطني: «عثمان بن عبد الرحمن هو الوقاصي متروك الحديث». وينظر: «السنن الكبرى» للبيهقي (٧/ ٣٩٥-٣٩٧)، و«معرفة السنن» (١١/ ١٣١-١٣٣)، و«نصب الراية» (٣/ ٢٤٨، ٢٤٩).



لم يُلاعِنْ كالصغيرةِ.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَالَّذِينَ يَرْمُونَ أَزْوَاجَهُمْ﴾ ولم يُفَصِّلْ.

قيل له: لمَّا استَثْنَى[1] الزوجَ مِن الشهداءِ دلَّ على أنَّه منهم؛ لأن الاستثناءَ[2] مِن جنسِ المستَثْنَى منه، والكافرُ والعبدُ ليسا مِن أهلِ الشهادةِ فلا تَتَناولُهما الآيةُ.

ومنها: أنَّه يُعتبَرُ عندَنا أن تكونُ المرأةُ مِمَّنْ يُحَدُّ قاذِفُها؛ وذلك لأن موجَبَ قذْفِ الزوجِ اللِّعانُ، كما أن موجَبَ قذْفِ الأجنبيِّ الحدُّ، فإذا كانتِ المرأةُ على صفةٍ لا يثبُتُ معها موجَبُ أحَدِ القذْفَيْنِ كذلك مُوجَبُ الآخَرِ.

ومنها: أن اللِّعانَ يثبُتُ بنفْيِ الولدِ، وذلك لأنه إذا نفَاه عن نفْسِه صار قاذِفًا، وقذْفُ الزوجِ يَجِبُ به اللِّعانُ.

فإن قيل: نفْيُه عن نفْسِه لا يتضمَّنُ القذْفَ لجوازِ أن يكونَ مِن غيرِه ولا تكونُ زانيةً مِثْلُ أن تكونَ[3] قد وُطِئتْ بشبهةٍ.

قيل له: هذا لا يَصِحُّ[4]؛ لأن هذا الاحتمالَ موجودٌ فيمَنْ قال لرجلٍ: لَسْتَ لأَبيكَ. ومع ذلك فهو قاذِفٌ بالإجماعِ فبَطَلَ هذا.

ومنها: أن وجوبَ اللِّعانِ على الزوجِ موقوفٌ على مطالَبةِ المرأةِ به؛ لأنَّه حقٌّ لها[5] فوقَف استيفاؤُه[6] على مطالبتِها كسائرِ الحقوقِ.

---

(١) في (ع): «إنما استثناء».
(٢) في (ل، ي): «المستثنى».
(٣) في (ل): «يقول».
(٤) في (ع): «يجوز».
(٥) في (ح): «حقها»، وفي (ي): «لأن الحق لها».
(٦) في (أ، ع): «استيفاؤها».



قال: فإن امْتَنَع منه حبَسه الحاكِمُ حتى يُلاعِنَ، أو يُكَذِّبَ نفْسَه فيُحَدَّ.

وقال الشافعيُّ: إذا امتَنع حدَّه حدَّ القذْفِ[1].

وهذا فرْعٌ على اختلافِهم في موجَبِ قذْفِ الزوجِ؛ فعندَنا أنَّه اللِّعانُ فإذا امْتَنع منه فقد منَع حقًّا عليه يَقْدِرُ على إيفائه فيُحْبَسُ حتى يُوفِّيَه كالدُّيونِ، وذلك الحقُّ هو اللِّعانُ، أو اعترافُه بعفافِها، وذلك يكونُ بإكذابِه.

وعند الشافعيِّ: موجَبُ قذْفِ الزوجةِ الحدُّ، وإنما جُعِل له أن يُسْقِطَه[2] باللِّعانِ، فإذا امتَنع من اللِّعان استُوفِي منه الحدُّ.

قال: وإن لاعَنَ وَجَبَ عليها[3] اللِّعانُ.

وهذا الذي ذكَره يقتَضِي أن يَبْتَدِئَ الزوجُ باللِّعان لأنه في حكْمِ الشاهِدِ عليها بقذْفِه، وهي مُسْقِطَةٌ بشهادَتِها[4] ما حقَّقه عليها مِن الزِّنى، فلا يَصِحُّ أن تَبْتَدِئَ المرأةُ كما لا يَصِحُّ أن يَبْتَدِئَ المدَّعَى عليه بما يُسْقِطُ الدَّعوى عن نفْسِه.

قال: فإن امتنعتْ حبَسها الحاكِمُ حتى تُلاعِنَ أو تُصدِّقَه[5].

---

(١) عند الشافعية: ليس على الزوج أن يلتعن حتى تطلب المقذوفة، كما ليس على قاذف الأجنبية حد حتى تطلب حدها.

ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣١٢)، و«الحاوي» (١١/ ٩)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٧)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٣١١).

(٢) في (ي): «يسقط».

(٣) في (س، غ): «عليه»، وفي (ظ): «عليهما».

(٤) في (أ): «بشهادتهما»، وفي (ظ، ع): «شهادتها».

(٥) بعده في (ح): «فتُحَدّ»، وأشار في الحاشية أنها غير موجودة في نسخة. =



وقال الشافعيُّ: إذا امتنعَتْ حُدَّتْ حدَّ الزِّنى(١).

وهذا فرْعٌ على أن لعانَ الزوجِ يُوجِبُ عليها اللِّعانَ عندَنا، فإذا امْتنعتْ مِن حقٍّ لَزِمها(٢) تَقْدِرُ على إيفائه حُبِستْ.

وعندَ الشافعيِّ لعانُ الزوج يحقِّقُ عليها الزِّنى فيَجِبُ الحدُّ ثُم يسقُطُ بِلِعانِها، فإذا لم تُلاعِنْ حُدَّتْ.

وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأن اللِّعانَ قولُ القاذفِ فلا يُحقِّقُ(٣) الزِّنى على المقذوفِ، وإن كرَّره(٤) كقذْفِ الأجنبيِّ، ولأن الزوجَ لو شَهِد عليها بالزِّنى مع ثلاثةٍ(٥) بعْدَ قذْفِها لم يتحقَّقْ عليها الزِّنى، فإذا شَهِد وحدَه أَوْلى.

فإن قيل: إن اللعانَ حجةٌ يَسقُطُ بها موجَبُ القذْفِ على(٦) القاذِفِ، فيتحقَّقُ بها الزِّنى على(٧) المقذوفِ، أصلُه البيِّنةُ.

وقال في حاشية (ح): «هذه اللفظة ثابتة في بعض نسخ القدوري وهي غلط؛ لأن الحد لا يجب بالإقرار مرةً، فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات؛ لأن التصديق ليس بإقرار قصدًا، فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درئه فيدفع به اللعان ولا يجب به الحد. زيلعي».

(١) ينظر: «الأم» (٥/ ١٤٥)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٣١٠)، و«التهذيب» (٦/ ١٩٩)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٤٧).

(٢) بعده في (ي): «وهي».

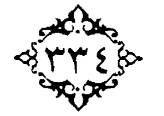
(٣) في (أ٢، غ): «يتحقق».

(٤) في (ر، س، ش، ض، ل): «لم يلاعن».

(٥) بعده في (أ٢، ح، غ): «نفر».

(٦) في (أ٢، ح، غ): «عن».

(٧) في (ح، ي): «عن».



قيل له: البينةُ لما وجَب بها الحدُّ لم تَمْلِكْ إسقاطَه بقولِها، فلو وجَب [(1] بِلِعانِه عليها [1)] الحدُّ لم يسقُطْ بِلِعانِها، فأما إذا صدَّقَتْه فقد أقَرَّتْ بالزِّنى، فخرَج الزوجُ مِن أن يكونَ قاذِفًا، وسقَط[2] عنها اللِّعانُ.

قال: وإذا كان الزوجُ عبدًا، أو كافرًا، أو محدُودًا في قذْفٍ فقذَف امرأتَه فعليه الحَدُّ.

وذلك لأن قذْفَها قذْفٌ صحيحٌ، وإنما يسقُطُ اللِّعانُ بمعْنًى[3] مِن جهةِ الزوجِ، وهو كونُه على صفةٍ لا يَصِحُّ منه[4] اللِّعانُ، وإذا سقَط اللِّعانُ بمعْنًى مِن جهةِ الزوجِ، وجَب عليه الحدُّ كما لو أكْذَب نفْسَه.

قال: وإن كان مِن أهلِ الشهادةِ وهي أَمَةٌ، أو كافرةٌ، أو محدودةٌ في قذْفٍ، أو كانتْ مِمَّن لا يُحَدُّ قاذِفُها فلا حدَّ عليه في قذْفِها ولا لِعانَ.

وذلك لأن الأَمَةَ والكافرةَ قذْفُها ليس بقذْفٍ صحيحٍ بدليلِ أن أجنبيًّا لو قذَفها لم يُحَدَّ، وإذا كان القذْفُ غيرَ صحيحٍ لم يتعلَّق به حدٌّ ولا لِعانٌ، وكذلك إذا كانتِ الزوجةُ مِمَّنْ لا يُحدُّ قاذفُها مِثْلُ أن تكونَ صغيرةً، أو مجنونةً، أو زانيةً فلا لِعانَ؛ لأن اللعانَ في حقِّ الزوجاتِ جُعِل بمنزلةِ الحدِّ في حقِّ[5] الأجنبياتِ، فإذا كان القذْفُ لا يتعلَّق به الحدُّ في حقِّ الأجنبيةِ لم يتعلَّق به اللِّعانُ في حقِّ الزوجةِ.

(1-1) في (ح): «بلعانها عليها»، وفي (ع): «بلعانه عليه».

(2) في (أ2، ح، غ): «يسقط».

(3) في (ي): «لمعنى».

(4) في (أ، ع): «فيه».

(5) في (ع): «قذف».



وأما إذا كانتِ الزوجةُ حرَّةً، بالغةً، عاقلةً، عفيفةً، غيرَ أنها محدودةٌ في قذْفٍ فقَذْفُ[1] الزوجِ لها قذْفٌ صحيحٌ إلا أن اللِّعانَ يَسْقُطُ بِمَعْنًى مِن جهتِها، وهو كونُها مِن غيرِ أهلِ الشهادةِ، ومتى سقَط اللِّعانُ بِمَعْنًى مِن جهةِ المرأةِ لم يَجِبْ على الزوجِ الحدُّ، أصلُه إذا صدَّقَتْه.

وقد قال أصحابُنا: إذا كان كلُّ واحدٍ مِن الزوجينِ محدودًا في قذْفٍ فقذَفها الزوجُ فعليه الحدُّ؛ لأن اللِّعانَ يَسْقُطُ بمعْنًى[2] مِن جهةِ الزوجِ فكأنه أَكْذَب نفْسَه[3].

فإن قيل: إنما سقَط[4] اللعان لمعْنًى في المرأةِ بدليلِ أن الزوجَ لو كان غيرَ محدودٍ[5] سقَط[6] اللِّعانُ أيضًا، فكان يَجِبُ أن لا يُحَدَّ.

قيل له: صفاتُ المرأةِ إنما تُؤَثِّرُ في إسقاطِ اللِّعانِ إذا كان الزوجُ مِن أهلِ اللِّعانِ، فإذا لم يكن كذلك فالمانعُ مِن اللِّعانِ ما حصَل فيه[7] دُون ما حصَل في[8] الزوجةِ.

---

(١) في (أ، ر، س، ش، ع، ل): «وقذف».

(٢) في (أ٢، ح): «لمعنى».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٤٤)، و«الهداية» (٢/ ٢٧٠)، و«العناية» (٤/ ٢٨٣)، و«البناية» (٥/ ٥٦٦).

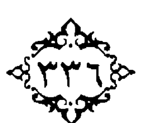
(٤) في (أ٢، ش، ض، ع، ل): «يسقط».

(٥) بعده في (ي): «في قذف».

(٦) في (أ٢، ح، ض): «يسقط».

(٧) في (ي): «من».

(٨) في (ي): «من».



وقد قالوا: في المرأةِ إذا وُطِئَتْ بشبهةٍ فقذَفَها الزوجُ[1] فلا لعانَ عليه، ولا حدَّ على قاذفِها، ثُم رجَع أبو يوسفَ، فقال: يَجِبُ بقذْفِها الحدُّ واللِّعانُ[2].

وجْهُ قولِهما: أنها تُشْبِهُ الزانيةَ لأنها وُطِئَتْ في غيرِ مِلْكٍ، فصار ذلك شبهةً في سقُوطِ الحدِّ عن قاذفِها، وإذا سقَط الحدُّ عن قاذفِها سقَط اللِّعانُ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنَّه وَطْءٌ يتعلَّق به ثبوتُ النسَبِ والمهْرِ فلا يَمنَعُ مِن صحةِ القذْفِ كالوَطْءِ بالنكاحِ.

قال: وصفةُ اللِّعانِ[3]: أن يَبْتَدِئَ القاضِي بالزوجِ فيَشْهَدَ أربعَ مرَّاتٍ[4]، يقولُ في كلِّ مرَّةٍ: أَشْهَدُ باللَّهِ إنِّي لِمَن الصادِقِينَ فيما رميتُها به مِن الزِّنى، ثُم يقولُ في الخامسةِ: لعنةُ اللَّهِ عليه إن كان مِن الكاذِبِينَ فيما رماها[5] به مِن الزنى. يُشِيرُ إليها في جميعِ ذلك، ثُم تَشْهَدُ المرأةُ أربعَ مرَّاتٍ تقولُ في كل مرَّةٍ: أَشْهَدُ باللَّهِ إنَّه لِمَن الكاذِبِينَ فيما رماني به مِن الزِّنى، وتقولُ في الخامسةِ[6]: غَضَبُ اللَّهِ عليها إن كان مِن الصادِقِينَ فيما رماها به مِن الزِّنى.

والأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ

---

(١) في (أ، ر، ش، ض، ع، ل): «زوجها».

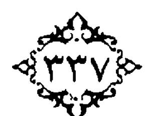
(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٩)، و«الاختيار لتعليل المختار» (٣/ ١٧٠)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ١٦).

(٣) بعده في (ش): «إلى أخره». وليس فيه ذكر صفة اللعان.

(٤) في (ي): «شهادات».

(٥) في (ي): «رميتها».

(٦) بعده في (ح، غ): «أن».



أَنفُسُهُمْ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمْ أَرْبَعُ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٦ وَٱلْخَٰمِسَةُ أَنَّ لَعْنَتَ ٱللَّهِ عَلَيْهِ إِن كَانَ مِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٧ وَيَدْرَؤُا۟ عَنْهَا ٱلْعَذَابَ أَن تَشْهَدَ أَرْبَعَ شَهَٰدَٰتٍ بِٱللَّهِ إِنَّهُۥ لَمِنَ ٱلْكَٰذِبِينَ ۝٨ وَٱلْخَٰمِسَةَ أَنَّ غَضَبَ ٱللَّهِ عَلَيْهَآ إِن كَانَ مِنَ ٱلصَّٰدِقِينَ ۝٩﴾ [النور: ٦-٩].

وهذا إخبارٌ عمَّا يَجِبُ بقذفِ الزوجِ مِن الشهادةِ، فلا بُدَّ أن يَذْكُرَ عندَ الأداءِ لفظَ الشهادةِ على الوجْهِ المشروطِ، ويأْتِي بذِكْرِ ما يَشْهَدُ عليه فيقولُ: أَشْهَدُ باللَّهِ، إنِّي لَمِن الصادِقِينَ فيما رميتُها به مِن الزِّنى.

وأما قولُه: يُشِيرُ إليها[1] في جميعِ ذلك. فهكذا ذكَره الشيخُ[2] أبو الحسنِ.

وروَى الحسنُ بنُ زيادٍ، عن أبي حنيفةَ: أنَّه يَحتاجُ أن يأْتِي بلفْظِ المواجهةِ فيقولُ: فيما رميتُك به[3]، وهو قولُ زفرَ[4].

وجْهُ ما ذكَره أبو الحسنِ: أنَّه إذا قال: فيما رميتُها. وأشار إليها فالإشارةُ آكَدُ في التعريفِ مِن اللفظِ، فلا فرْقَ بينَ أن يأتِيَ مع ذلك بلفظِ كِنايةٍ أو مواجهةٍ.

وجْهُ روايةِ الحسنِ: أن خطابَ المواجهةِ لا احتمالَ فيه، وفي الكنايةِ احتمالٌ، فما لا احتمالَ فيه أَوْلَى.

وقد قال أصحابُنا: إن اللعانَ شهادةٌ أُقِيمتْ مقامَ الحدِّ وأُكِّدَتْ باليَمِينِ[5].

---

(١) ليس في (أ، ل).

(٢) من (ي).

(٣) بعده في (ي): «من الزنى».

(٤) ينظر: «المبسوط» (٧/ ٤٣)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٣٧)، و«الهداية» (٢/ ٢٧١)، و«البناية» (٥/ ٥٧٠).

(٥) ينظر: «التجريد» (١٠/ ٥١٧٧)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٤٤)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ١٤)، =



وقال الشافعيُّ: اللِّعانُ يَمِينٌ"[1].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ أَزۡوَٰجَهُمۡ وَلَمۡ يَكُن لَّهُمۡ شُهَدَآءُ إِلَّآ أَنفُسُهُمۡ فَشَهَٰدَةُ أَحَدِهِمۡ أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾ [النور: ٦]. فسمَّى ذلك شهادةً واستثنى الزوجَ مِن جملةِ الشهداءِ، فهذا يدُلُّ على أنَّه شهادةٌ.

فإن قيل: لمَّا قال اللَّهُ: ﴿أَرۡبَعُ شَهَٰدَٰتِۭ بِٱللَّهِ﴾ دلَّ على أنَّه يَمِينٌ؛ لأن الشهادةَ لا تَقِفُ على ذِكْرِ[2] اللَّهِ تعالى، واليمينُ قد يكونُ بلفظِ الشهادةِ، قال اللَّهُ تعالى: ﴿قَالُواْ نَشۡهَدُ إِنَّكَ لَرَسُولُ ٱللَّهِۗ﴾ [المنافقون: ١].

قيل له: الشهادةُ في بَدءِ الإسلامِ كانتْ مؤكَّدةً باليمينِ[3]، قال اللَّهُ تعالى: ﴿فَيُقۡسِمَانِ بِٱللَّهِ لَشَهَٰدَتُنَآ أَحَقُّ مِن شَهَٰدَتِهِمَا﴾ [المائدة: ١٠٧]. فإذا أُكِّد اللِّعانُ باسْمِ اللَّهِ تعالى فقد بَقِي على[4] ما كانت الشهادةُ عليه، وذلك لا يُخْرِجُه مِن أن يكونَ شهادةً.

وقال السرخسي في «المبسوط» (٧/ ٥٥): «عند أبي حنيفة، وأبي يوسف رحمهما اللَّه تعالى: اللعان شهادة فيه معنى اليمين، وعند محمد رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى: يمين فيه معنى الحد، وفائدة هذا الاختلاف فيما إذا عزل القاضي أو مات بعد اللعان قبل التفريق، عندهما القاضي الثاني يستقبل اللعان؛ لأنها شهادة لم يتصل بها الحكم، وعند محمد رَحِمَهُ اللَّهُ تَعَالَى لا يستقبله؛ لأنها يمين في معنى الحد، واليمين والحد إذا أمضاهما القاضي لا يستقبلهما قاض آخر».

(١) ينظر: «الأم» (٥/ ١٤٣)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣١٣)، و«المهذب» (٣/ ٨٧)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٧).

(٢) بعده في (ح): «اسم».

(٣) في (ح): «باللَّه».

(٤) ليس في (ح)، وفي (ظ): «عليها».



فإن قيل: لو كان[1] شهادةً لم تَصِحَّ مِن الأَعْمى والفاسقِ.

قيل له: الأَعْمى مِن أهلِ الشهادةِ، وتُقْبَلُ شهادتُه عندَنا في النسَبِ والنكاحِ، وإنما لا تُقْبَلُ فيما لا يتميَّزُ فيه المشهودُ عليه، وهذا المعْنى لا يُحتاجُ إليه في اللِّعانِ.

وأما الفاسقُ فهو مِن أهلِ الشهادةِ بدليلِ أنَّه لو شَهِد فرُدَّتْ شهادتُه ثُم تاب فأعادها لم تُقْبَلْ، ولو لم يكن ما شَهِد به أوَّلًا شهادةً قُبِل في الثاني، كالكافرِ إذا شَهِد ثُم أَسْلَم فأعادها، ولو شَهِد الفُسَّاقُ بالزِّنى لم يَجِبِ الحدُّ عليهم، ولو لم يكن قولُهم شهادةً حُدُّوا كالعبيدِ.

قال: فإذا الْتَعَنا فرَّق الحاكِمُ بينَهما.

وقال زفرُ: تَقَعُ الفرقةُ بلعانِهما[2]. وقال الشافعيُّ: تَقَعُ بالفراغِ مِن لعانِ الزوجِ[3].

لنا: ما رُوِي في حديثِ سهْلِ بنِ سعدٍ قال: «لاعَنَ النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينَ عُويْمِرٍ العَجْلَانِيِّ وامرأتِه، فلمَّا الْتَعَنا قال: كَذَبْتُ عَلَيْهَا إِنْ أَمْسَكْتُهَا، هِي[4] طَالِقٌ[5] ثَلَاثًا. قال سهلٌ: ففارَقها قبْلَ أن يأْمُرَه النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بفِراقِها»[6].

(١) في (س، ح، ل): «كانت».

(٢) ينظر: «المبسوط» (٧/ ٤٣)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٢٢)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٤٤)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ١٧).

(٣) ينظر: «الأم» (٥/ ٣٠٩)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣١٦)، و«الحاوي» (٨/ ١٥٩)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٥٤)، و«بحر المذهب» (٧/ ٤٨٤)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٥٦).

(٤) في (ر، ش): «فهي».

(٥) في (ع): «طلاق».

(٦) أخرجه البخاري (٤٢٣، ٧٣٠٤)، ومسلم (١٤٩٢).



وذكَر هذا الخبَرَ أبو داودَ، وقال فيه: «فطلَّقها ثلاثَ تطليقاتٍ عندَ رسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فأنْفَذه[1] رسولُ اللَّهِ، وكان [2]ما صُنِع[2] عندَ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ سنَّةً[3]، فمضَتِ السنَّةُ بعْدُ في المتلاعِنَيْنِ أن يُفرَّقَ بينَهما، ولا يَجْتَمِعانِ[4] أبدًا»[5].

فوجْهُ الدليلِ مِن ذلك: أنَّه لو كانتِ الفُرقةُ وقعَتْ [6]بِلِعانِهما، أو بِلِعانِ الزوجِ[6] لم يَقَعِ الطلاقُ ولا أَمْضاهُ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولأَنْكَر عليه وبيَّن له بُطْلانَ اعتقادِه في أن الطلاقَ يَقَعُ.

وقولُه: «فمضت السنةُ بعْدُ في المتلاعِنَيْنِ أن يُفَرَّقَ بينَهما». يدُلُّ[7] على أن الفُرقةَ تَقَعُ بالتفريقِ لا باللِّعانِ، ولأنها فرقةٌ يختَصُّ سببُها بحضرةِ الحاكِمِ فوجَب أن لا تَقَعَ الفرقةُ بغيرِ تفْرِيقٍ، أصلُه فرقةُ العُنَّةِ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنَّه قال: «المُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»[8].

---

(1) في (ي): «فأنفذها».

(2) في (أ، ش، ع، ل، ونسخة مشار إليها في حاشية ح): «ماض»، وفي (ض): «ماضيًا». والمثبت من باقي النسخ موافق لما في مصدر التخريج.

(3) ليس في (أ، ر، ش، ض، ع، غ، ل). والمثبت من باقي النسخ موافق لما في مصدر التخريج.

(4) في (أ، ع، ل): «يجتمعا».

(5) أخرجه أبو داود (٢٢٥٠).

(٦-٦) في (ح): «باللعان»، وأشار في حاشيتها أنه كالمثبت في نسخة، وفي (ل): «بلعانها أو بلعان الزوج».

(7) في (ي): «فدل».

(8) أخرجه الدارقطني (٣٧٠٦)، والبيهقي (٧/ ٤٠٩) من حديث ابن عمر. وقال ابن عبد الهادي =



قيل له: هذا دليلٌ عليك؛ لأن النهْيَ عن الاجتماعِ يقتَضِي وجودَ الاجتماعِ[1]، أَلَا تَرى[2] أن النهْيَ لا يَصِحُّ عمَّا لا يُتصوَّرُ وجودُه.

فإن قيل: كلُّ معنًى منَع[3] إقرارَهما[4] على النكاحِ وقعتْ به الفُرْقةُ دُونَ حكْمِ الحاكِمِ، أصلُه الطلاقُ، والرِّدَّةُ، والرَّضاعُ.

قيل له: المعْنى في الأَصلِ أن الفُرقةَ لمَّا وقعتْ إذا وُجِد سببُها بغيرِ حضرةِ الحاكمِ دلَّ[5] أنها لا تَقِفُ على الحاكمِ، وفي مسألتِنا لو وُجِد اللِّعانُ بغيرِ حضرةِ الحاكمِ لم تَقَعِ الفُرقةُ فدَلَّ أنها تَقِفُ على[6] الحاكمِ.

قال: وكانت الفرقةُ تطليقةً بائنةً عندَ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: تحريمٌ مؤبَّدٌ[7].

وجْهُ قولِهما: أنها فُرقةٌ تتعلَّقُ بسببٍ مِن جهةِ الزوجِ طارئٍ على النكاحِ

في «تنقيح التحقيق» (٤/ ٤٤٤): «هذا إسناد جيد، ولم يخرجوه». وقد تقدَّم معناه في حديث سهل بن سعد عند أبي داود. وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٥٠، ٢٥١)، و«البدر المنير» (٨/ ١٨٨، ١٨٩)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٢٢٧)، و«الدراية» (٢/ ٧٦، ٧٧).

(١) بعده في (أ٢، ح، غ): «على النكاح».

(٢) ()في (ي): «يرى».

(٣) في (ي): «يمنع»، وبعده في (أ، ر، ش، ع، ي): «من».

(٤) في (أ، أ٢، ح، ش، ض، ع، غ): «إقرارها»، وفي (ظ، س): «إقراره».

(٥) بعده في (ظ، ي): «على».

(٦) بعده في (ي): «حكم».

(٧) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٢٢)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٤٥)، و«الهداية» (٢/ ٢٧١)، و«العناية» (٤/ ٢٨٦)، و«البناية» (٥/ ٥٧٢).



مختَصٌّ بـه فكانـتْ طلاقًـا كقولِه: أنـتِ طالقٌ. ولأنهـا فرقة تَقَعُ (١بحكـمِ قـولِ١) الزوجِ فلا تُوجِبُ تحريمًا مؤبَّدًا كالفرقةِ الواقعةِ بالخيارِ.

وجْـهُ قـولِ أبي يوسـفَ، وهـو قـولُ زفـرَ، والحسـنِ: قولُـه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المُتَلَاعِنَانِ لَا يَجْتَمِعَانِ أَبَدًا»[٢].

الجوابُ: أن المتلاعِنَ مَن بَقِي على حكْمِ اللِّعانِ، ومتى أَكْذَب الزوجُ نفْسَه فلم[٣] يَبْقَ على حكْمِ اللِّعانِ، فلم يَتَناوَلْه الخبرُ.

وقد قال الشافعيُّ: إن فُرقةَ اللِّعانِ فسخٌ وليس بطلاقٍ. قال: لأنها فُرْقةٌ تُوجِبُ تحريمَ عقْدِ النكاحِ تحريمًا لا يَرْتَفِعُ بإصابةِ زوجٍ، فلم يكن طلاقًا كفُرقةِ الرَّضاعِ[٤].

وهذا غيرُ صحيحٍ؛ لأن إصابةَ الزوجِ تُؤثِّرُ في التحريمِ الذي حصَل باستيفاءِ العددِ، وهذه الفُرقةُ طلاقٌ بائنٌ فيَرْتَفِعُ بزوالِ ما أَوْجَب التحريمَ، والتحريمُ[٥] في الطلاقِ وقَع بزوالِ الملْكِ (٧فحلَّتْ بالعقدِ المفيدِ[٦] للملْكِ، وفي اللِّعانِ التحريمُ حصَل باللِّعانِ وزوالِ الملْكِ٧)، فلا بُدَّ مِن زوالِ حكْمِها حتى يَزُولَ التحريمُ.

(١-١) في (ي): «بقول».

(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) في (أ٢، ر، غ، ي): «لم».

(٤) ينظر: «الحاوي» (١٠/ ٣٤٢)، و«بحر المذهب» (١٠/ ٣٠٩)، و«التهذيب» (٦/ ١٩٠)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٥٦).

(٥) ليس في (ل)، وفي (أ٢، ح، س، ظ، غ): «فالتحريم».

(٦) في (أ، س، ل): «المقيد».

(٧-٧) ليس في (ر، غ).



قال: وإن كان القذْفُ بولدٍ نفَى القاضِي نسَبَه وأَلْحَقه بأُمِّه.

وذلك لما روَى ابنُ عباسٍ: «أنَّ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فرَّق بينَ هلالِ بنِ أُميَّةَ وبينَ امرأتِه بعْدَما الْتَعَنا، وقضَى بأن الولدَ لها، ولا[1] يُدْعَى لأبٍ»[2]، ولأن غرَضَ الزوجِ بالقذْفِ إذا كان بولَدٍ أن يَنْفِيَ عن نفْسِه ولدًا ليس منه، فلَزِم[3] القاضِيَ أن يَنْفِيَه باللِّعانِ.

قال: فإن عاد الزوجُ فأَكْذَب نفْسَه حدَّه القاضِي، وحلَّ له أن يتزوَّجَها.

وذلك لأنه إذا أَكْذَب نفْسَه[4] فقد اعْتَرف بوجوبِ الحدِّ عليه[5]، فإذا حدَّه القاضِي[6] خرَج بذلك مِن أن يكونَ مِن أهلِ اللِّعانِ، فلم يَبْقَ حكْمُ اللِّعانِ المتقدِّمِ، وإذا زال حكْمُه زالَ التحريمُ المتعلِّقُ به[7]، فيَحِلُّ له تزويجُها لزوالِ التحريمِ، ولأن الأحكامَ المختصةَ باللِّعانِ[8] تحريمُ الاجتماعِ ونفْيُ النسَبِ، ومعلومٌ أن نَفْيَ النسَبِ لا يتأبَّدُ[9] كذلك التحريمُ، هذا كلُّه على قولِ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ[10].

(١) في (ظ، ي): «فلا».

(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) في (ي): «فيلزم».

(٤) بعده في (س): «صح».

(٥) ليس في (أ، ش، ض، ع، ل).

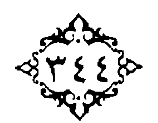
(٦) في (ي): «الحاكم».

(٧) ليس في (أ٢، ح).

(٨) بعده في (ض): «من».

(٩) في (أ، ش، ع، ل): «يتأكد».

(١٠) ينظر: «الأصل» (٥/ ٤٤، ٤٥)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٢٠٧، ٢١٣)، و«التجريد» (١٠/ ٥٢٣٦)، و«المبسوط» (٧/ ٤٣، ٤٤).



قال: وكذلك إن قذَف غيرَها فحُدَّ أو زَنَتْ[1] فحُدَّتْ.

وذلك لما بيَّنَّا أن الزوجَ يَخرُجُ مِن أهلِ اللِّعانِ بإقامةِ الحدِّ عليه، وإذا حُدَّتِ المرأةُ خرَجَتْ مِن أن يثبُتَ اللِّعانُ في حقِّها، فيسقُطُ حكمُ اللِّعانِ المتقدِّمِ ويَزُولُ التحريمُ المتعلِّقُ به.

قال: وإذا قذَف امرأتَه وهي صغيرةٌ أو مجنونةٌ فلا لِعانَ بينَهما.

لأن هذا قذْفٌ ليس بصحيحٍ بدليلِ أنَّه لو قذَفها أجنبيٌّ لم يُحَدَّ، وإذا لم يَصِحَّ القذْفُ لم يتعلَّقْ به لِعانٌ[2]، وكذلك الصبيُّ والمجنونُ إذا قذَف زوجتَه فلا لِعانَ[3]؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما ليس له[4] قولٌ صحيحٌ، فلا يتعلَّقُ بقولِه حكمٌ، الدليلُ عليه سائرُ أقوالِه.

قال: وقذْفُ الأخرسِ لا يتعلَّقُ به اللِّعانُ.

وقال الشافعيُّ: يَصِحُّ قذْفُه ولِعانُه[5].

لنا: أن الإشارةَ قائمةٌ مقامَ الصريحِ فلا يَصِحُّ بها القذْفُ كالكِتابةِ، ولأنه لم يُوجَدْ منه لفظُ الشهادةِ فلا يَصِحُّ لِعانُه كالصحيحِ إذا قال: أَعْلَمُ.

---

(١) بعده في (ي): «المرأة».

(٢) في (ح، ر، س، ي): «اللعان».

(٣) بعده في (س): «فيه».

(٤) ليس في (ي).

(٥) يصح لعان الأخرس في مذهب الشافعي إذا كان يعقل الإشارة والجواب. ينظر: «الأم» (٥/ ٣٠٤)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣١٢)، و«الحاوي» (١١/ ٢٣)، و«المهذب» (٣/ ٨٦)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٢٣).



فإن قيل: كلُّ زوجٍ صحَّ طلاقُه صحَّ لِعانُه أو صحَّ قذْفُه كالناطِقِ.

قيل له: الطلاقُ يَصِحُّ[1] [2]بالتصريحِ وبالكِنايةِ[2]، والقذْفُ لا يَصِحُّ بغيرِ الصريحِ، فلا يُعْتَبَرُ أحدُهما بالآخَرِ، والمعْنى في الناطِقِ أنَّه وُجِد منه صريحُ القذْفِ، والأخرسُ لم يُوجَدْ منه صريحُ القذْفِ، فهو كالناطِقِ إذا قذَف بالكنايةِ[3].

قال: وإذا قال الزوجُ: ليس حمْلُكِ مِنِّي. فلا لِعانَ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، وزفرَ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إن جاءتْ بولدٍ لأقلَّ مِن ستةِ أشهُرٍ لاعَن، وإن جاءَتْ به لأكثرَ مِن ستةِ أشهُرٍ فلا لِعانَ[4]، وهو قولُ أبي حنيفةَ الأوَّلُ[5].

وقال الشافعيُّ: يُلاعِنُ ويَنْفِي القاضِي[6] الحمْلَ[7].

لهما: أنَّه يحتَمِلُ أن تكونَ حامِلًا، ويحتَمِلُ أن لا تكونَ، فإذا علَّق القذْفَ بنَفْيِ الحمْلِ صار كأنَّه قال: إن كنتِ حامِلًا فهو مِن زِنًى. والقذْفُ لا يَصِحُّ

(١) في (أ٢، ح، غ): «يعتبر».

(٢-٢) في (أ، أ٢، ض): «بالصريح وبالكناية»، وفي (ح، س، ي): «بالصريح والكناية»، وفي (ش، ع، غ): «بالصريح وبالكتابة»، وفي (ل): «بالتصريح والكناية».

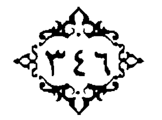
(٣) في (ح، غ): «بالكتابة».

(٤) بعده في (ي): «بينهما».

(٥) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢١٨)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٤٠)، و«الهداية» (٢/ ٢٧٢)، و«العناية» (٤/ ٢٩٣)، و«البناية» (٥/ ٥٧٧).

(٦) في (ي): «الحاكم».

(٧) ينظر: «الأم» (٥/ ١٤٠)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣١٧)، و«الحاوي» (١١/ ٨٧)، و«المهذب» (٣/ ٨٣)، و«بحر المذهب» (١١/ ١٩٩).



تعليقُه بالشروطِ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ: أنها إذا جاءتْ به لأقلَّ مِن ستةِ أشهُرٍ فقد تيقَّنَّا وجودَه عندَ النفْيِ، ولهذا لو أَوْصى لحمْلِ[1] امرأةٍ[2] فجاءَتْ به لأقلَّ مِن ستةِ أشهُرٍ استَحَقَّ الوصيةَ، فإذا تيقَّنَّا وجودَه وقد نفَاه الزوجُ لاعَن به، وإذا جاءتْ به لأكثرَ مِن ستةِ أشهُرٍ احتَمَل أن يكون [3]لحمْلٍ حادِثٍ[3]، ولهذا لا يَستَحِقُّ الوصيةَ، فلم يتيقَّن وجودَه فلا يُلاعِنُ بالشَّكِّ.

فإن قيل: رُوِي: «أن هلالَ بنَ أُميَّةَ قذَف امرأتَه، فلاعَن النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينَهما، ونفَى حمْلَها[4]».

قيل له: لا دلالةَ فيه؛ لأن هلالًا قذَف امرأتَه بصريحِ الزِّنى، روَى ذلك ابنُ مسعودٍ، وابنُ عباس رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ [5]أنه قال[5]: «أَرَأَيْتُمُ[6] الرجلَ يَجِدُ مع امرأتِه رجلًا فإن قتَله[7] قتَلْتُمُوه. القصةَ وذكَر فيها: أنَّه رأَى شَرِيكًا على بطنِها»[8]. ومتى

(١) في (ر، س، غ): «بحمل».

(٢) في (ع): «امرأته».

(٣-٣) في (أ٢، ي): «الحمل حادثًا».

(٤) في (ض): «حملهما»، وفي (ي): «الولد».

(٣-٣) في (أ٢، غ، ي): «أن رجلًا من الأنصار جاء إلى النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال»، وهو الموافق لما في رواية مسلم (١٤٩٥).

(٦) في (ي): «أفرأيتم».

(٧) في (ح، س، ظ، ع): «قتل».

(٨) يعني: شريك بن السحماء، والقصة وقعت لعويمر العجلاني ليس لهلال بن أمية، عزاها إليه الشافعي في «الإملاء» من حديث أبي سعيد، وابن عباس، كما في «المعرفة» للبيهقي (١١/١٥٦-١٥٨)(١٥١١٥-١٥١٢٢).



صرَّح بالقذْفِ فإنه يُلاعِنُ.

فأمَّا ما رُوِي مِن نفْيِ الحمْلِ فالنبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عَلِم وجودَه مِن طريقِ الوَحْيِ، ولهذا قال: «إن جاءَتْ به على صفةِ كذا فهو لِشَرِيكٍ»[1].

والمانعُ عندَنا مِن نفْيِ نسَبِ الحمْلِ: أنَّا[2] لا نَتيَقَّنُ[3] وجودَه، فإذا عُلِم ثبَت اللِّعانُ عليه.

قال: وإنْ قال: زَنَيْتِ وهذا الحمْلُ مِن الزِّنى. تَلَاعَنَا ولم يَنْفِ القاضِي الحمْلَ.

أما ثبوتُ اللِّعانِ فلأنه قذَفها بصريحِ الزِّنى[4]، وهما مِن أهلِ اللِّعانِ.

وأما قولُه: ولم يَنْفِ القاضِي الحمْلَ. فصحيحٌ؛ لأن عندَ أصحابِنا جميعًا لا يَنْفِي نسبَه وهو حمْلٌ؛ لأن هذا حكْمٌ عليه، والأحكامُ لا تثبُتُ للحمْلِ ولا عليه قبْلَ الولادةِ، كما لا يُحْكَمُ له باستحقاقِ الوصيةِ والميراثِ[5].

---

(١) أخرجه البخاري (٤٧٤٥) من حديث سهل بن سعد، وفيه: «انظُرُوا فإن جاءَت به أَسحَمَ، أدعَجَ العينَينِ، عَظِيمَ الأَلْيَتَينِ، خَدَلَّجَ السَّاقَينِ، فلا أَحسِبُ عُوَيمِرًا إلَّا قد صَدَقَ عليها، وإن جاءَت به أُحَيمِرَ كأنَّه وَحَرَةٌ، فلا أَحسِبُ عُوَيمِرًا إلَّا قد كَذَبَ عَلَيهَا». فَجَاءَت بِهِ عَلَى النَّعتِ الَّذِي نَعَتَ بِهِ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مِن تَصدِيقِ عُوَيمِرٍ، فَكَانَ بَعدُ يُنسَبُ إِلَى أُمِّهِ».

(٢) في (أ، ر، ش، ض، ل): «أنه»، وفي (ع): «لأنه».

(٣) في (ر، ع، ل): «يتيقن»، ورسم بغير نقط أوله في (ش، ض).

(٤) ليس في (ح).

(٥) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢١٨)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٤٠)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٤٥٧).



قال: وإذا نفَى الرجلُ ولدَ امرأتِه عَقِيبَ الولادةِ في الحالِ التي تُقْبَلُ[1] التهنئةُ وتُبْتاعُ آلةُ الولادةِ صحَّ نَفْيُه ولاعَن به، وإنْ نفاه بعْدَ ذلك لاعَن[2] وثبَت[3] النسَبُ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَنْفِيهِ[4] في مدَّةِ النِّفاسِ[5]. وقال الشافعيُّ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ: على الفَورِ، وفي قولٍ آخَرَ: إلى ثلاثةِ أيَّامٍ[6].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنَّه إذا نفاه عَقِيبَ الولادةِ انتفَى بالإجماعِ، وإن لم يَنْفِه حتى تطاوَلتِ المدَّةُ لم يَمْلِكْ نَفْيَه بعْدَ ذلك، فاحتَجْنا إلى حدٍّ فاصِلٍ بينَهما، ومعلومٌ أن الإنسانَ لا يُشْهِدُ على نفْسِه بنسَبِ ولدِه، وإنما يَقْبَلُ التهنئةَ ويَبتاعُ آلةَ الولادةِ، فإذا فعَل ذلك أو مضَى مِن المدَّة ما يُمَكِّنُه أن يَفْعَلَ ذلك فيه في العادةِ، وهو مُمْسِكٌ عن نَفْيِه، كان الظاهِرُ أنَّه مُعْتَرِفٌ به فلا يَمْلِكُ نَفْيَه بَعْدَ ذلك.

وجْهُ قولِهما: أن مدَّةَ النفاسِ أُجْرِيتْ مُجْرَى حالِ[7] الولادةِ بدليلِ سقوطِ

---

(١) بعده في (ح، ي): «فيها».

(٢) بعده في (أ، ش، ض، ع): «به».

(٣) في (أ٢، ح، ض، ي): «يثبت»، وبعده في (س): «به».

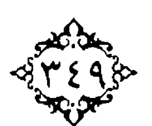
(٤) في (أ٢): «بنفيه»، وفي (ي): «يثبت».

(٥) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٤٦)، و«الهداية» (٢/ ٢٧٢)، و«العناية» (٤/ ٢٩٤)، و«البناية» (٥/ ٥٧٩).

(٦) قول الشافعي الجديد أنه على الفور.

وينظر: «الأم» (٥/ ٣١١)، و«الحاوي» (١١/ ٨١)، و«المهذب» (٣/ ٨٣)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ١٣٠)، و«بحر المذهب» (١١/ ٢٤٢)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٥٩).

(٧) في (س): «حالة».



الصلاةِ والصومِ، فكذلك في بابِ نفْيِ الولدِ.

وأما ما قاله الشافعيُّ فلا يَصِحُّ؛ لأن نفْيَ النسَبِ لا يَجوزُ حتى يَغْلِبَ على الظَّنِّ أنَّه ليس منه بالأماراتِ التي يُستَدَلُّ[1] بها، وهذا لا يُمْكِنُ على الفورِ.

فإن قيل: إنَّه خيارٌ لدفعِ ضررٍ متحقِّقٍ فإذا لم يكن على التأْبِيدِ كان على الفورِ كالرَّدِّ بالعيبِ.

قيل له: هذا يَجِيءُ على أصلِكم، فأمَّا عندَنا فخيارُ العَيبِ على التأْبِيدِ.

وإذا ثبَت هذا، قال أبو حنيفةَ: إذا نفَاه بعْدَ ذلك لم يَنْتَفِ ولاعَن، أما ثبوتُ اللِّعانِ فلأنَّه إذا نفاه عن نفْسِه صار قاذِفًا لزوجتِه فيُلاعِنُ، وإنما لا يَصِحُّ نفْيُه؛ لأن مُضِيَّ مدَّةِ التهنئةِ قبْلَ نفْيِه بمنزلةِ إقرارِه به، ومَن[2] أقَرَّ بنسَبِ ولدٍ لم يَصِحَّ رجوعُه عنه، ولأن ثبوتَ النسَبِ حقُّ الولَدِ، فإذا ثبَت له بالْتِزامِه لم يَمْلِكِ الرجوعَ عنه.

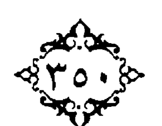
قال: وإذا ولدَتْ ولدَيْنِ في بَطْنٍ واحدٍ فنفَى الأوَّلَ واعْتَرَف بالثانِي، ثبَت نسبُهما، وحُدَّ الزوجُ[3].

أما ثبوتُ نسبِهما فلأنَّه حمْلٌ واحدٌ فلا يثْبُتُ نسَبُ بعضِه دُونَ بعضٍ كالولدِ الواحدِ، وأما وجوبُ الحدِّ عليه، فلأنَّه إذا نفَى الأوَّلَ فقد قذَفها، فإذا اعْتَرف بالثانِي فقد وصَفها بالعِفَّة فصار مكذِّبًا لنفْسِه فيُحَدُّ.

(١) في (ش، ض، ل): «يستدرك».

(٢) في (س): «متى».

(٣) ينظر: «الأصل» (٥/ ٤٥)، و«التجريد» (١٠/ ٥٢٦١)، و«الهداية» (٢/ ٢٧٢)، و«الاختيار» (٣/ ١٧١).



قال: وإن اعْتَرَف بالأوَّلِ ونفَى الثانِيَ، ثبَت نسبُهما، ولاعَن.

وقال الشافعيُّ: يُحَدُّ[1].

أما ثبوتُ نسبِهما فلِما بيَّنَّاه، وأما ثبوتُ اللِّعانِ فلأنه إذا أقرَّ بالأوَّلِ فقد وصَفها بالعِفَّة فإذا نفَى الثانِيَ فقد وصَفها بالزِّنى، فكأنه قال: هي عفيفةٌ. ثُم قال: هي زانيةٌ. فيُلاعِنُ.

فإن قيل: قد أَكْذَب نفْسَه بالاعْتِرافِ الأوَّلِ، فصار كما لو أَكْذَب نفْسَه بالاعْتِرافِ الثانِي.

قيل له: التكذيبُ قبْلَ القذْفِ لا يتعلَّقُ به الحدُّ، ألا ترى أن مَن قال: مَتَى قذَفْتُ هذه المرأةَ فأنا كاذِبٌ في قذْفِها. (2ثُم قذَفها2) أنَّه يُلاعِنُ ولا يُحَدُّ، كذلك هذا.

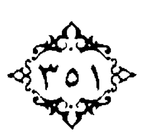
والله أعلم

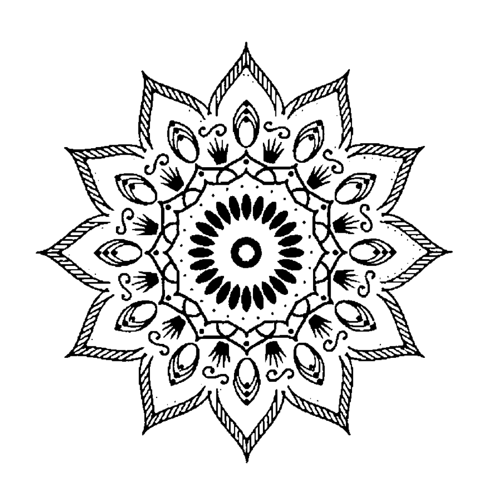
---

(1) المشهور من مذهب الشافعي أن الثاني لا ينتفي عنه إلا بلعان، فإن لم ينفه واستلحقه لزمه لها حدُّ القذف.

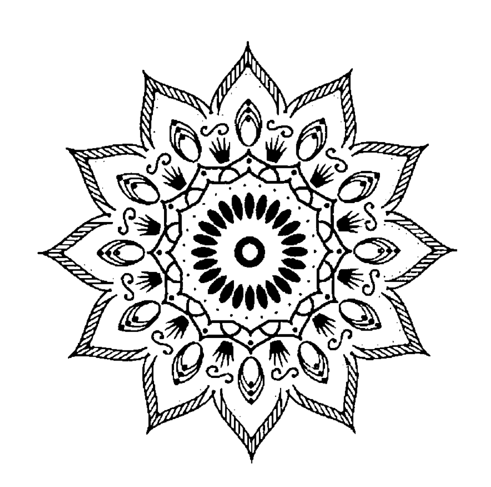
ينظر: «الأم» (5/ 312)، و«الحاوي» (11/ 92)، و«المهذب» (3/ 84)، و«نهاية المطلب» (15/ 82)، و«التهذيب» (6/ 218)، و«روضة الطالبين» (8/ 358).

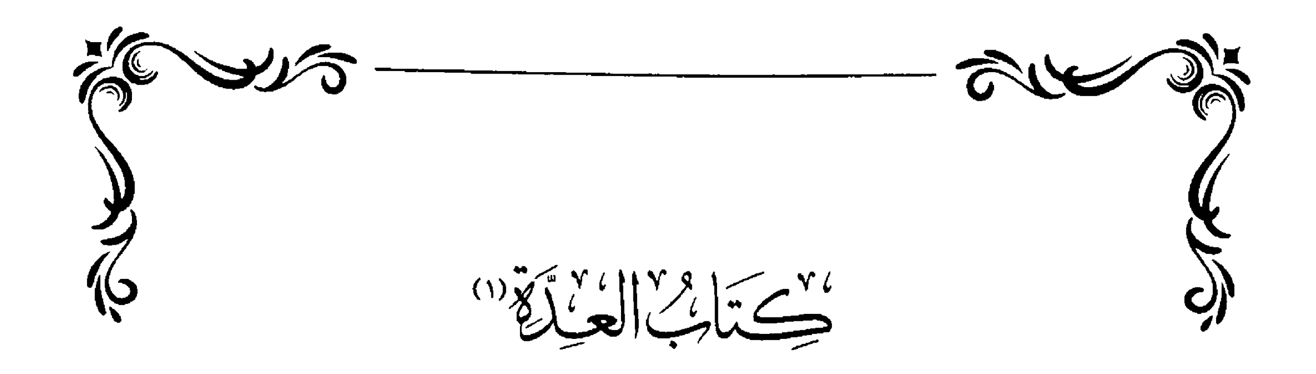
(2-2) ليس في (ي).





كِتَابُ العِدَّةِ





كتاب العِدَّة(1)

العِدَّةُ: هي التَّرَبُّصُ الذي يَلْزَمُ المرأةَ بزوالِ النكاحِ أو بِشُبْهتِه(2)، وهي على ثلاثةِ أَضْرُبٍ: الحَيضُ، والشهورُ، ووضْعُ الحمْلِ، على ما يَجِيءُ تفصيلُه(3).

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **إذا طلَّق الرجلُ امرأتَه طلاقًا بائِنًا، أو رَجْعِيًّا، أو وقعتِ الفُرقةُ بينَهما بغيرِ طلاقٍ، وهي حُرَّةٌ مِمَّنْ تَحِيضُ فعِدَّتُها ثلاثةُ أقْراءٍ.**

والأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. ولأنها عِدَّةٌ موضوعةٌ للاسْتِبراءِ، والحيضُ يَحصُلُ به الاستِبْراءُ فيَحْصُلُ(4) به العِدَّةُ، وهذا دليلٌ في الفُرقةِ الواقعةِ بالطلاقِ.

فأمَّا العِدَّةُ المتعلِّقةُ بالفُرقةِ التي ليستْ بطلاقٍ فيَقَعُ(5) بالحيضِ أيضًا قياسًا على عدَّةِ الطلاقِ، فإنها عِدَّةٌ تتعلَّقُ بفُرقةٍ طارئةٍ على النكاحِ.

قال: والأَقْراءُ الحِيَضُ.

---

(١) في (أ، ح، ض): «كتاب العدد».

(٢) في (ح): «شبهته»، وفي (ر، س، ض، ل): «بشبهة»، وفي (غ): «شبهة».

(٣) قال في حاشية (ي): «قال الأزهري: عدة المرأة بوضع أو أقراء أو شهور، جمعها عدد، أصلها من العد. زيلعي». وينظر: «تهذيب اللغة» (١/ ٦٩).

(٤) في (ي): «فتحصل».

(٥) رسمت بغير نقط أوله في (أ، ش، ض، ظ)، ورسمت بالوجهين في (س)، وفي (ع، ي): «فتقع».



وقال الشافعيُّ: الأطهارُ[1].

ويُتصوَّرُ الخلافُ إذا طلَّقها في الطُّهْرِ؛ قال أصحابُنا: تَنْقَضِي عِدَّتُها بخروجِها مِن الحيضةِ الثالثةِ، وعندَه تَنْقَضِي بالدخولِ في الثالثةِ[2].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. فذكَر جمعًا مُفَسَّرًا[3] بعَدَدٍ فظاهِرُه يقتَضِي استغراقَ العددِ، كقولِه: رأيتُ ثلاثةَ رجالٍ. ومعلومٌ أن اللَّهَ تعالى أَمَر بإيقاعِ الطلاقِ في الطهرِ، فلو كانتِ الأقراءُ الأطهارَ اعتَدَّتْ بِطُهْرَيْنِ وبعضِ الثالثِ، وإذا كانتْ بالحيضِ[4] اعتدَّتْ بثلاثةٍ كاملةٍ، فكان حمْلُ الاسمِ على ما يُستَغْرَقُ فيه العَدَدُ أَوْلى.

ولأن أهلَ اللغةِ قالوا: إن اسمَ القُرْءِ يَصْلُحُ للحيضِ والطُّهْرِ. ذكَر ذلك ابنُ السِّكِّيتِ في كتابِ «الأَضْدادِ»، وذكَره غيرُه أيضًا، وهذا لا يُمْكِنُ إنكارُه[5].

وقد أَجْمَعُوا أن الأقراءَ المذكورةَ في الآيةِ لم يُرِدْ بها الأَمرانِ[6]، وإنما المرادُ أحدُهما، والظاهرُ أن الحيضَ هو المرادُ؛ لأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ تكلَّم به فقال لفاطمةَ بنتِ أبي حُبَيْشٍ: ....

---

(١) في (ح): «الأقراء الأطهار».

وينظر: «الأم» (٥/ ٢٢٤)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٣١)، و«الحاوي» (١١/ ١٦٣).

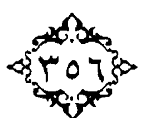
(٢) ينظر: «التجريد» (١٠/ ٥٢٧٩)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٩٣).

(٣) في (أ٢): «مفصلًا».

(٤) في (ع): «بحيض».

(٥) ينظر: «الأضداد» (ص٢٨)، و«المخصص» (١/ ٦٨)، و«لسان العرب» (١/ ١٣٠)، و«المصباح المنير» (٢/ ٥٠٠).

(٦) في (أ٢، ح، س، ظ، غ): «الأمرين».



«إِذَا أَتَاكِ قُرْؤُكِ فَدَعِي الصَّلَاةَ»[1]. وقال في حديثِ أُمِّ سلمة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «الْمُسْتَحَاضَةُ تَدَعُ الصَّلَاةَ أَيَّامَ أَقْرَائِهَا»[2].

ولأن الحيضَ يَتناوَلُ اسمَ القُرُوءِ[3] بكلِّ حالٍ، والأَطْهارُ لا تُسمَّى قُرُوءًا[4] إلَّا إذا تخلَّلتِ الحيضَ، فلما انْتفَى الاسمُ عن الطُّهْرِ في حالٍ دلَّ أنه مجازٌ، وهذا كلُّه يدُلُّ على أن حمْلَ القُرُوءِ[5] على الحيضِ أَوْلى.

وقد رُوِي في حديثِ عائشةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «طَلَاقُ الأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ»[6]. ولأن انفصالَ جُزْءٍ مِن الحيضِ مُعْتَبَرٌ في انقضاءِ العِدَّةِ، وما اعْتُبِر في انقضاءِ العِدَّةِ انفصالُه [7]اعتُبِر انفصالُه[7] بكمالِه[8]، أصلُه الحمْلُ.

فإن قيل: إذا كان الاسمُ يَتناوَلُهما جميعًا[9]، وأَجْمَعْنا أن المرادَ أحدُهما، كان حمْلُه على الطُّهْرِ أَوْلى؛ لأنه يتعقَّبُ الطلاقَ وهي مُعتَدَّةٌ عَقِيبَه، وأيضًا فإن الاسمَ إذا تناوَلَ أَحَدَ الأَمْرَيْنِ حُمِل على أَوَّلِهما[10].

(١) الحديث أخرجه البخاري (٢٢٨)، ومسلم (٣٣٣/ ٦٢)، واللفظ للنسائي (٢١١، ٣٥٦، ٣٥٥٥).

(٢) أخرجه أحمد (٢٦٥٩٣)، والدارقطني (٧٩٤)، والحاكم (٤/ ٥٦).

(٣) في (أ٢، ر، ظ، غ، ي): «القرء».

(٤) في (أ، ر، ظ، ع، ل): «قرءًا»، وفي (ي): «أقراء».

(٥) في (أ٢، ر، ظ): «القرء».

(٦) تقدَّم تخريجه في كتاب الطلاق.

(٧-٧) ليس في (غ).

(٨) ليس في (ل).

(٩) من (أ٢، ح، ظ، غ، ي).

(١٠) ينظر: «التجريد» (١٠/ ٥٢٨٧).



قيل له: إنما يُحمَلُ على أوَّلِهما إذا كان الاسمُ يَتناوَلُهما على وجْهٍ واحدٍ، فأمَّا إذا كان حقيقةً في أحدِهما ومجازًا في الآخَرِ، ومُطْلَقًا في أحدِهما ومُقَيَّدًا في الآخَرِ، فالواجبُ حَمْلُه على الحقيقةِ وعلى المطْلَقِ وإن تأَخَّرَ.

ولا نُسَلِّمُ[1] أن الاسمَ يَتناوَلُهما على وجْهٍ واحدٍ، على ما بَيَّنَّاه؛ ولأن الحيضَ قد يتعقَّبُ الطلاقَ المباحَ، وهو إذا طلَّقها في آخِرِ أجزاءِ[2] الطُّهْرِ، فعلى مُوجَبِ قولِهم يَجِبُ حمْلُه على الحيضِ هاهنا.

قال: وإن كانتْ لا تَحِيضُ [3]مِن صِغَرٍ[3] أو كِبَرٍ فعِدَّتُها ثلاثةُ أَشْهُرٍ[4].

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّـٰٓـِٔي يَئِسْنَ مِنَ ٱلْمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمْ إِنِ ٱرْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَـٰثَةُ أَشْهُرٍ وَٱلَّـٰٓـِٔي لَمْ يَحِضْنَ﴾ [الطلاق: ٤].

قال: وإنْ كانتْ حامِلًا فعِدَّتُها أنْ تَضَعَ حَمْلَها.

---

(١) في (ي): «يصح».

(٢) ليس في (ش، ي)، وفي (ض): «جزء من».

(٣) في (أ، ع): «في صغر»، وفي (ر): «لصغر».

(٤) قال في حاشية (ي): «وهذه دقيقة تحفظ عن مالك: إذا مضت على المطلقة مدة تسعة أشهر فصاعدًا ولم تزد ما حكم بإياسها، وتنقضي عدتها بثلاثة أشهر. كذا ذكره في رخص الزاهدية. حقائق: ولهذا قالوا: المطلقة امتد طهرها تتربص تسعة أشهر عند مالك فإذا لم يظهر لها حبل فتعتد بعد ذلك بثلاثة أشهر، وعندنا ما لم تبلغ حد الإياس لا تعتد بالأشهر، وحده خمس وخمسون وهو المختار، لكن يشترط للحكم بالإياس في هذه المدة أن ينقطع الدم عنها مدة طويلة، وهي ستة أشهر في الأصح، ثُمَّ هل يشترط أن يكون انقطاع ستة أشهر بعد هذا الإياس، والأصح ليس يشترط حتى لو كان منقطعًا قبل مدة الإياس، ثُمَّ تمت مدة الإياس وطلقها زوجها، يحكم بإياسها وتعتد بثلاثة أشهر، هذا هو المنصوص في المنتقى في الحيض». وينظر: «المنتقى» للباجي (٤/ ١١٠، ١٣٧).



وذلك لقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٤].

قال: وإنْ كانتْ أمةً فعِدَّتُها حَيضتانِ.

وذلك لقوله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «طَلَاقُ الأَمَةِ تَطْلِيقَتَانِ وَعِدَّتُهَا حَيْضَتَانِ». وعن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «عِدَّتُها حَيضتانِ، ولو استطَعْتُ لجعلتُها حيضةً ونصفًا»[١].

قال: وإنْ كانت لا تَحِيضُ فعِدَّتُها شهرٌ ونصفٌ.

وهو أَحَدُ أقوالِ الشافعيِّ، وقال في قولٍ آخرَ: ثلاثةُ أشهرٍ، وفي قولٍ آخَرَ: شهرانِ[٢].

لنا: ما رُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، أنه قال: «عدةُ الأَمةِ بالشهورِ نصفُ عدَّةِ الحرَّةِ، ولو استطعْتُ لجعلْتُ عدَّتَها حيضةً ونصفًا».

ولأنها عدَّةٌ تتبعَّضُ فكان للرِّقِّ تأثيرٌ في نقصانِها كالعِدَّةِ بالحيضِ، ولأن الرِّقَّ إذا أثَّر في تبعيضِ العِدَّةِ وجَب أن يكونَ على النصفِ كالحدِّ ومُدَّةِ القَسْمِ.

فإن قيل: عِدَّتُها حيضتانِ، وكلُّ شهْرٍ قائمٌ مقامَ حيضةٍ.

قيل له: بل عِدَّتُها حيضةٌ ونصفٌ، ولكن لمَّا لم يَتبعَّضِ الحيضُ ووجَب بعضُه وجَب باقِيه، والشهرُ يتبعَّضُ.

فأما العِدَّةُ بوَضعِ الحمْلِ فيستَوِي[٣] فيها الحرَّةُ والأَمةُ؛ لأنه مِمَّا لا يتبعَّضُ.

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٢٨٧٤)، وابن أبي شيبة (١٩١٠٣)، والبيهقي (٧/ ٤٢٥، ٤٢٦).

(٢) ينظر: «الحاوي» (١١/ ٢٢٤)، و«المهذب» (٣/ ١٢٢)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ١٩٨)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٧١).

(٣) في (ي): «فتستوي».

قال: وإذا مات الرجلُ عن امرأتِه الحرَّةِ فعِدَّتُها أربعةُ أشهرٍ وعَشرٌ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗاۖ﴾ [البقرة: ٢٣٤]. وهذه العِدَّةُ لا تَجِبُ إلا في نكاحٍ صحيحٍ، ويَستَوِي فيها المدخولُ بها وغيرُ المدخولِ بها؛ لأن اللَّهَ تعالى أَوْجَبها مُطْلَقةً، ولم يُفَصِّل بينَ (١)الدُّخولِ وغيرِه(١)، وأَوْجَبها بموتِ الزوجِ، وإطلاقُ ذلك يقتَضِي مَن كان نكاحُه صحيحًا.

قال: وإنْ كانتْ أَمَةً فعِدَّتُها شهرانِ وخمسةُ أيامٍ.

لأن هذه عِدَّةٌ تتبعَّضُ فكان[٢] عِدَّةُ الأمةِ على النصفِ مِن عدَّةِ الحرَّة كالعِدَّةِ[٣] بالشهورِ.

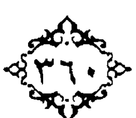
قال: وإن كانتْ حامِلًا فعِدَّتُها أن تَضَعَ حَمْلَها.

يَعْنِي: المتوفَّى عنها زوجُها، وقال عليٌّ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ: «عِدَّتُها أَبْعَدُ الأَجَلَيْنِ»[٤].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤]. وهو عامٌّ، وعن عبدِ اللَّهِ بنِ مسعودٍ رَضِيَٱللَّهُعَنۡهُ أنه قال: «مَن شاء باهَلْتُه أن سورةَ النساءِ القُصْرَى[٥] ....

(١-١) في (ح): «المدخول وغيره»، وفي (ي): «المدخول بها وغيرها».
(٢) في (ر، ش، ي): «فكانت». (٣) في (ي): «كالمعتدة».
(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (١٧٣٨٥، ١٧٣٨٦، ١٧٣٩٢).
(٥) في (أ، أ٢، ح، س، ظ، ع، غ، ل): «القصوى». والمثبت من باقي النسخ موافق لما في مصدر التخريج.

=



نزلتْ بعْدَ قولِه: ﴿أَرْبَعَةَ أَشْهُرٍ وَعَشْرًا﴾»[1].

ولما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمر سُبَيْعَةَ بنتِ الحارثِ، وكانتْ وضَعَتْ بعْدَ وفاةِ زوجِها بأيَّامٍ، أن تتزوَّج»[2]، وعن عمرَ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ أنه قال: «لو وضعتْ ما في بطنِها وزوجُها على سريرِه لانقضَتْ عدَّتُها، وحلَّ لها أن تتزوَّجَ»[3].

وجْهُ ما ذكَره عليٌّ رَضِيَ اللهُ عَنْهُ: أن وضْعَ الحمْلِ وُضِع للعِلْمِ ببراءةِ الرحِمِ، ووجوبُ العِدَّةِ بالشهورِ وُضِع على وجْهِ العبادةِ بدليلِ[4] أنه يَلْزَمُ الصغيرةَ والآيسةَ فجمَع بينَهما.

قال: وإذا وَرِثتِ المُطلَّقةُ في المَرَضِ[5] فعِدَّتُها أَبْعَدُ الأَجَلَيْنِ.

وسورة النساء القصرى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ﴾ [الطلاق:١]. وسورة النساء الطولى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ ٱلَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَٰحِدَةٍ﴾ [النساء:١]. والقصرى تأنيث الأقصر تفضيل القصير، وأما القصوى بالواو فتصحيف. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٥٥)، و«المغرب» (١/ ٩٣).

(١) أخرجه عبد الرزاق (١١٧١٤، ١١٧١٥، ١١٧١٦)، وابن أبي شيبة (١٧٣٨٢)، والبخاري (٤٥٣٢، ٤٩١٠).

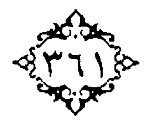
قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢١): «بَاهَلْتُه بالباء الموحدة، والهاء واللام والتاء المثناة من فوق، وهاء: أي لاعنه، والمباهلة: الملاعنة؛ وهي أن يجتمع القوم إذا اختلفوا في شيء، فيقولوا: لعنة اللَّه على الظالم منا. من البهلة، أي اللعنة، تضم باؤها وتفتح».

(٢) أخرجه البخاري (٣٩٩٠)، ومسلم (١٤٨٤).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١١٧١٨، ١١٧١٩)، وابن أبي شيبة (١٧٣٧٩، ١٧٣٨٠، ١٧٣٨١).

(٤) في (ي): «بدلالة».

(٥) في (ح): «مرض الموت».



وهذا الذي ذكره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ. وقال أبو يوسفَ: عليها[1] ثلاثُ حِيَضٍ[2].

وجْهُ قولِهما: أن المطلَّقةَ في حالِ المرضِ قد صارتْ في حكمِ المتوفَّى عنها زوجُها في بابِ الميراثِ، فكذلك أيضًا في بابِ العِدَّةِ؛ وهذا أَوْلى لأن الميراثَ لا يثبُتُ بالشَّكِّ[3]، والعِدَّةُ تثبُتُ على وجْهِ الاحتياطِ، فإذا صارتْ في حكمِ المتوفَّى عنها زوجُها في بابِ الميراثِ، ففي بابِ العِدَّةِ أَوْلى[4].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن العِدَّةَ لَزِمَتْها بالطلاقِ، وإنما وَرِثتْ؛ لأن الزوجَ مُتَّهَمٌ في الفِرارِ، وهذا لا يُؤثِّرُ في العِدَّةِ فبَقِيتْ بحالِها.

قال: فإن أُعْتِقتِ الأَمَةُ في عِدَّتِها مِن طلاقٍ رَجْعِيٍّ انتقلَتْ عِدَّتُها إلى عِدَّةِ الحرائرِ، وإن أُعتِقت وهي مبتوتةٌ أو متوفًّى عنها زوجُها[5] لم تَنْتَقِلْ عِدَّتُها[6].

وقال الشافعيُّ: في كلِّ واحدٍ[7] منهما قولانِ؛ في أَحَدِهما: تَنتقِلُ فيهما[8]. وفي الآخَرِ: لا تَنْتَقِلُ فيهما[9].

(١) في (أ٢، ظ، غ، ي): «عدتها».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢٠٠)، و«الهداية» (٢/ ٢٧٥)، و«العناية» (٤/ ٣١٥)، و«البناية» (٥/ ٦٠١).

(٣) قال في حاشية (ح): «ولهذا لا يستحق الإرث بنكاح فاسدٍ والعدة تستحق به».

(٤) في (ح): «أيضًا».

(٥) من (أ٢، ح، ر، ض، ي).

(٦) بعده في (ح): «إلى عدة الحرائر».

(٧) في (ض، ي): «واحدة».

(٨) ليس في (أ، ح، ش، ع، ل)، وفي (غ): «إليها».

(٩) ينظر: «الحاوي» (١١/ ٢٢٥)، و«المهذب» (٣/ ١٢٣)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ٣٣١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ١٦٢).



لنا: أن المطلَّقةَ الرجعيةَ زوجةٌ، فإذا لَزِمها العِدَّةُ مع الحريةِ كانتْ عدةَ الحرائرِ، كما لو طلَّقها بَعْدَ[1] العِتْقِ.

فإن قيل: إنها مطلَّقةٌ، فلا تَنْتَقِلُ عِدَّتُها بالعِتْقِ كالمبتوتةِ.

قيل له: المبتوتةُ لا تَنْتَقِلُ عِدَّتُها بالوفاةِ، فلم تَنْتَقِلْ بالعِتْقِ، والرجعيَّةُ بخلافِه، وأما المبتوتةُ فلأنها أُعْتِقتْ بعْدَ البينونةِ، فلم يؤثِّرِ العِتْقُ في عِدَّتِها، أصلُه المطلَّقةُ الرجعيةُ إذا انْقَضَتْ عِدَّتُها.

فإن قيل: إنها معتدَّةٌ، فوجَب أن تتغيَّرَ[2] عِدَّتُها بالحرِّيةِ كالرَّجْعِيَّةِ.

قيل له: الرجعيةُ زوجةٌ بدليلِ أنه يَلْزَمُها عدةُ الوفاةِ، فجاز أن تُغَيَّرَ عِدَّتُها، والمبتوتةُ بخلافِ ذلك.

قال: وإن كانتْ آيسةً فاعتدَّتْ بالشهورِ، ثُمَّ رأتِ الدَّم، انْتَقَض ما مضَى مِن عِدَّتِها، وكان عليها أن تستأْنِفَ العِدَّةَ بالحِيَضِ[3].

وذلك لأن الشهورَ بدلٌ عن الحيضِ، والبدَلُ لا يثبُتُ له حكْمٌ مع القُدرةِ على المبْدَلِ، فإذا رأتِ الدمَ انتقلَتْ إليه وسقَط حكْمُ الأشهرِ.

وهذا الذي ذكَره ظاهرٌ على الروايةِ التي لم يُقَدِّرْ أصحابُنا فيها مقدارَ الإياسِ، فإذا ظنَّتْ أنها قد أَيِسَتْ، ثُمَّ رأتِ الدمَ تبَيَّنَّا[4] أنها لم تكن آيسةً، فلم تَعْتَدَّ بالشهورِ.

---

(١) في (ح): «قبل».

(٢) في (أ٢، ش): «تعتبر»، وفي (س، ع): «يتغير».

(٣) ينظر: «النتف» (١/ ٣٢٩)، و«المبسوط» (٦/ ٢٧)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٠٠).

(٤) في (أ، ر، ش، ض، ع، ل): «تبين».



وأما على الروايةِ التي قدَّرُوا فيها للإياسِ[1] مقدارًا[2]، فإنها إذا بلَغتْ ذلك المقدارَ، ثُمَّ رأتِ الدمَ بعْدَه لم يكن حَيْضًا، كما تَراه الصغيرةُ التي لا تَحِيضُ مثلُها، فأما الصغيرةُ إذا اعتدَّتْ ببعضِ الشهورِ، ثُمَّ بلغَتِ انتقلتْ عدَّتُها إلى الحيضِ لِما بيَّنَّاه.

قال: والمنكوحةُ نكاحًا فاسِدًا، والموطوءةُ بشبهةٍ عِدَّتُها[3] الحِيَضُ في الفُرْقةِ والموتِ[4].

وذلك لأن هذه العدَّةَ تَجِبُ على وجْهِ الاستبراءِ فيستَوِي فيها الحالانِ جميعًا، وعدَّةُ الوفاةِ تَجِبُ على وجْهِ العبادةِ لحُرْمةِ النكاحِ، وهذا السببُ غيرُ موجودٍ في النكاحِ الفاسدِ والوَطْءِ بشبهةٍ.

قال: وإذا مات مَوْلَى أُمِّ الوَلَدِ عنها، أو أَعْتَقَها فعِدَّتُها ثلاثُ حِيَضٍ.

وقال الشافعيُّ: قُرءٌ واحدٌ. ومِن أصحابِه[5] مَن قال: ليس بعِدَّةٍ، وإنما هو استبْراءٌ[6].

---

(١) في (أ٢، س، ض ي): «الإياس».

(٢) في (س، ش، ع، ل): «مقدار».

(٣) في (ي): «عدتهما».

(٤) بعده في (ي) منسوبًا لنسخة: «جميعًا». وينظر: «الهداية» (٢/ ٢٩)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٣٠)، و«العناية» (٤/ ٣٢٠)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ٧٦).

(٥) في (ر، ظ): «أصحابنا»، وهو موافق لما في «التجريد» (١٠/ ٥٣٣٢)، وفي (غ): «الصحابة». والظاهر أنه تصحيف، لما قال العيني في «البناية» (٥/ ٦٠٥): «وقال في شرح الأقطع: ومن أصحاب الشافعي من قال: إنه ليس بعدة، وإنما هو استبراء».

(٦) قال الشافعي: وإذا ولدت الأمة من سيدها فأعتقها أو مات عنها استبرأت بحيضة. ينظر: «الأم» (٥/ ٢٣٣)، و«الحاوي» (١١/ ٣٢٩)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٢٩٨)، و«بحر =



لنا: ما رُوِي عن عمرَ، وغيرِه رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أنهم قالوا: «عِدَّةُ أُمِّ الوَلَدِ ثلاثُ حِيَضٍ»[1]. فسمَّوا ذلك عدَّةً، ولأنه وجَب بزوالِ الفراشِ فكان عدَّةً كالمزوَّجةِ.

وإذا ثبَت أنها عِدَّةٌ: فإما أن تُعتبَرَ بعِدَّةِ الإماءِ، أو بعِدَّةِ الحرائرِ، وأيهما كان لم يتقدَّرْ بحيضةٍ.

فإن قيل: إنها عِدَّةٌ تختَلِفُ بالرِّقِّ والحرِّيَّةِ، فلم تَجِبْ على أُمِّ الولدِ كعِدَّةِ الوفاةِ.

قيل له: المعْنى الذي تَجِبُ به العدَّةُ على أُمِّ الولدِ في حياةِ مولاها هو الذي تَجِبُ به العِدَّةُ عليها بموتِه، وهو العِتْقُ، فلذلك استوتِ العِدَّتانِ، يُبَيِّنُ ذلك أن الموطوءةَ بعقدٍ فاسدٍ لمَّا وجبتْ عليها العِدَّةُ حالَ الحياةِ وبعْدَ الموتِ بسببٍ واحدٍ استوَتِ العِدَّتانِ كذلك هذا.

قال: وإذا مات الصغيرُ عن امرأتِه وبها حَبَلٌ فعِدَّتُها أن تَضَعَ حَمْلَها[2].

وهذا الذي ذكَره استِحْسانٌ، وهو قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ.

وقال أبو يوسفَ، والشافعيُّ: تَعْتَدُّ بالشُّهورِ[3].

المذهب» (٦/ ٢٧٦)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٤٢٥).

(١) ينظر: «سنن سعيد بن منصور» (١٢٨٣-١٢٨٥/ الأعظمي)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٩٠٧٠-١٩٠٧٢). وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٥٨، ٢٥٩)، و«الدراية» (٢/ ٧٨، ٧٩).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٩٧)، و«الهداية» (٢/ ٢٧٦)، و«العناية» (٤/ ٣٢٣)، و«البناية» (٥/ ٦٠٦).

(٣) أي: أربعة أشهر وعشر. ينظر: «الأم» (٥/ ٢٣٥)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٢٣)، و«الحاوي» (١١/ ١٨٩).



وجْهُ قولِهما: قولُه تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّۚ﴾ [الطلاق: ٤]. وهو عامٌّ، ولأن ما جاز أن تَنْقَضِيَ به عدَّةُ امرأةِ الكبيرِ في الوفاةِ جاز أن تَنْقَضِيَ به عدَّةُ امرأةِ الصغيرِ كالشهورِ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنه ولدٌ لا يَجوزُ أن يكونَ منه قَطْعًا، فلا تَنْقَضِي به العِدَّةُ، أصلُه الولَدُ الحادِثُ بعْدَ الوفاةِ.

قال: فإن حدَث الحَبَلُ[1] بعْدَ الموتِ، فعِدَّتُها أربعةُ أشهرٍ وعَشرٌ.

وذلك لأن هذا الحملَ لا يُعْلَمُ وجودُه عندَ الموتِ، وحكْمُ العِدَّةِ يتعلَّقُ بابتدائها، فإذا لم يُعْلَمْ أنه تعلَّق بالحمْلِ لم يتعلَّقْ به حكمٌ في الثاني، ولا يَلْزَمُ على هذا امرأةَ الكبيرِ إذا ظهَر [٢]بها حَبَلٌ[٢] بعْدَ الموتِ؛ لأن هذا الحمْلَ يثبُتُ نسبُه، فلم يكن [٥]بُدٌّ مِن أن يُحكَمَ بوجودِه عندَ الموتِ لأجْلِ النَّسبِ[٣]، وفي مسألتِنا هذا الحمْلُ لا[٤] يثبُتُ نسبُه، فلم يكن[٥] بنا حاجةٌ إلى الحكْمِ بوجودِه عندَ الموتِ، وإذا ثبَت أنه لا تَنْقَضِي به العِدَّةُ كانتْ عدَّتُها بالشهورِ.

قال: وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه في حالِ الحَيْضِ لم تعْتَدَّ بالحَيضةِ[٦] التي وقَع فيها الطلاقُ.

---

(١) في (ي): «الحمل».

(٢-٢) في (ي): «أنها حامل».

(٣) في (ح): «السبب».

(٤) في (ي): «لم».

(٥-٥) ما بين القوسين ليس في (غ).

(٦) في (س): «بالحيض».



وذلك لأن الحيضَ لا يتبعَّضُ، فإذا كان بعضُ هذه الحيضةِ[1] لا يُعتدُّ به مِن العِدَّةِ، فكذلك جميعُها.

قال: وإذا وُطِئتِ المعتدَّةُ بشُبْهةٍ فعليها عِدَّةٌ أُخرى، وتداخَلتِ[2] العِدَّتانِ فيكونُ ما تَراه مِن الحَيضِ مُحْتَسَبًا به منهما جميعًا.

وقال الشافعيُّ: لا تَتداخَلُ[3] العِدَّتانِ مِن اثنينِ[4].

لنا: أن العِدَّةَ أَجَلٌ لقولِه تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾، والأَجَلُ يَجوزُ أن يَنْقَضِيَ في حقِّ اثنينِ، أصلُه سائرُ الآجالِ[5]، ولأن المقصودَ بالعِدَّةِ[6] في[7] ذواتِ الأقراءِ[8] العِلْمُ ببراءةِ الرحمِ، وهذا المعْنى قد وُجِد في حقِّها فانْقَضَتِ العِدَّةُ.

فإن قيل: لو كان المقصودُ براءةَ الرَّحِمِ لاقْتَصَر على حيضةٍ واحدةٍ.

قيل له: الحاملُ قد تَرى[9] دمَ الحيضِ عندَهم ودمَ الاستحاضةِ عندَنا، ولكن

(١) في (س): «الحيض».

(٢) في (أ، س، ع، ي): «تداخل»، وفي (ر، ش، ض، ظ، ل): «يتداخل».

(٣) في (أ٢، س، ع، ل): «يتداخل»، ورسمت بغير نقط أوله في (ر، ش، ض، ظ).

(٤) ينظر: «الحاوي» (١١/ ٣١٤)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٢٦٤)، و«بحر المذهب» (١١/ ٣٤٧)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٣٨٥).

(٥) قال في حاشية (ح): «تزوجها في عدة غيره ودخل بها فعليه الأقل من المسمى ومهر المثل، وعليها العدة، ويتداخلان. منية».

(٦) في (ح، ض): «من العدة».

(٧) في (أ، ر، ش، ض، ع، ل): «من».

(٨) ليس في (ح).

(٩) بعده في (ح): «الدم».



لا يَتوالَى ذلك في العادةِ، فاعْتُبِر مدَّةُ ثلاثِ حِيَضٍ لِيُتيقَّنَ[1] بها عدمُ الحمْلِ.

فإن قيل: عدَّتانِ مِن اثنينِ، فلا يُتداخَلُ[2] كما لو كانتا مِن جِنْسَيْنِ.

قيل له: إذا كانتا مِن جِنسَيْنِ تداخلَتْ ما أَمْكَن، ألا تَرى أن الحيضَ الذي تَراه في مدَّةِ الأشهُرِ يُحتَسَبُ به، وإنما لا يُتداخل منهما ما لا يُمكِنُ التداخُلُ فيه، فهو كالعِدَّتَيْنِ مِن جنسٍ واحدٍ تَسْبِقُ إحداهما الأُخْرى فيَقَعُ التداخُلُ فيما يُمْكِنُ منهما، ولا يُتداخَلُ ما زاد على مدَّةِ العِدَّةِ الأُولى[3].

قال: فإنِ انْقَضَتِ العِدَّةُ[4] مِن الأوَّلِ، ولم تكْمُلْ مِن الثاني فإنَّ عليها تمامَ عدَّةِ الثاني.

وذلك لما بيَّنَّا أنهما يتداخَلانِ ويُحتَسَبُ بما تَراه منهما، فإذا انْقَضَتْ إحداهما تَمَّمَتِ[5] الأُخرى؛ لأن ما مضَى احتُسِب به منهما[6].

قال: وابتداءُ العِدَّةِ في الطلاقِ عَقِيبَ الطلاقِ، وفي الوفاةِ عَقِيبَ الوفاةِ.

ورُوِي مثْلُ ذلك عن عليٍّ، وابنِ عباسٍ، وابنِ مسعودٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[7]، ولأن

---

(١) في (ح): «لنتيقن»، ورسمت بغير نقط أوله في (أ، أ٢، س، ش، ض، ظ، غ).

(٢) رسم بغير نقط أوله في (أ، ش، ض)، وفي (ح، غ): «تتداخل»، وفي (ض، ي): «تتداخلان».

(٣) ليس في (أ، ع).

(٤) ليس في (س)، وبعده في (ي): «الأولى».

(٥) في (ر، س، ش، ل): «تمت»، وفي (ي): «ثبتت».

(٦) في (ش، ع، ل): «منها».

(٧) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٩٢٤٧، ١٩٢٤٨، ١٩٢٥٤، ١٩٢٥٨)، و«الأوسط» (٩/ ٥٣٣)، و«سنن البيهقي» (٧/ ٤٢٥)، و«نصب الراية» (٣/ ٢٥٩)، و«البدر المنير» (٨/ ٢٣٤-٢٣٥)، و«الدراية» (٢/ ٧٩).



الفُرقةَ هي الموجِبَةُ للعِدَّةِ، فإذا وُجِدتْ وجَب أن تَتعقَّبَها[1] العِدَّةُ.

قال: فإنْ لم تَعْلَمْ بالطلاقِ والوفاةِ حتَّى مضتْ مدَّةُ العِدَّةِ، فقد انْقَضَتْ عِدَّتُها.

وقال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ في المتوفَّى عنها زوجُها: «ابتداءُ العِدَّةِ مِن وقتِ يأْتِيها الخَبَرُ»[2].

لنا: أن العِدَّةَ مُضِيُّ الزمانِ، وذلك موجودٌ وإنْ لم تَعْلَمْ به، ولأن انقضاءَ العِدَّةِ لا يَقِفُ على فِعْلِها، ألا ترى أنها لو عَلِمتْ، فلم تَجْتَنِبْ ما تَجْتَنِبُه المعتدَّةُ انقضَتْ عِدَّتُها، وما لا يَقِفُ على فِعْلِها، فلا معنى لاعتبارِ عِلْمِها فيه.

قال: والعِدَّةُ في النكاحِ الفاسدِ عَقِيبَ التفْرِيقِ بينَهما، أو عَزْمِ الواطِئِ على تَرْكِ وَطْئِها.

وقال زفرُ: مِن آخِرِ ما وَطِئها[3].

وجْهُ قولِ أصحابِنا: أنها قد صارتْ فِراشًا بالوَطْءِ، فتُعتبَرُ العِدَّةُ مِن حينِ الفُرقةِ كالنكاحِ الصحيحِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن المعْنى الموجِبَ للعدَّةِ في النكاحِ الفاسِدِ الوطءُ، فإذا

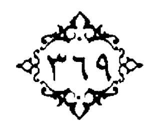
---

(١) رسم بغير نقط أوله في (أ، س، ش، ض، ظ، غ)، وفي (أ٢، ع، ل): «يتعقبها»، وفي (ي): «تعقبها».

(٢) أخرجه سعيد بن منصور (١٢١٠-الأعظمي)، وابن أبي شيبة (١٩٢٦٠، ١٩٢٦١)، والبيهقي (٧/ ٤٢٥).

(٣) في (ض): «وطئ».

وينظر: «الهداية» (٢/ ٢٧٦)، و«العناية» (٤/ ٣٣٠)، و«البناية» (٥/ ٦١٠).



وُجِد تعلَّقَتْ[1] به العِدَّةُ كالفُرقةِ في النكاحِ الصحيحِ.

الجوابُ: أن كلَّ وطْءٍ يُوجَدُ في النكاحِ الفاسدِ يَجْرِي مَجْرَى وَطْءٍ واحدٍ بدليلِ أنه يَستَنِدُ إلى حكْمِ العقدِ، فما لم تُوجَدِ الفُرقةُ أو العزْمُ على تَرْكِ وَطْئِها فحكْمُه مُتَرَقَّبٌ[2]، فلا تثبُتُ العِدَّةُ مع جوازِ وجودِه.

وقد قال أصحابُنا: إذا تأخَّر حيضُ المطلَّقةِ لعارضٍ[3]، أو غيرِ[4] عارضٍ بَقِيتْ في العِدَّةِ حتى تَحِيضَ، أو تَبْلُغَ حدَّ الإياسِ[5]. وهو قولُ ابنِ مسعودٍ[6]، وبه قال الشافعيُّ في الجديدِ.

وقال في القديمِ: إذا تأخَّر لغيرِ عارضٍ انتظَرتْ إلى أن تَعْلَمَ براءةَ رَحِمها، ثُمَّ تعتَدُّ بالشهورِ[7]. وهو قولُ عمرَ[8].

لنا: أنها بالغةٌ يُرْجَى منها الحيضُ، فلا تعتدُّ بالشهورِ كالتي تأخَّر حيضُها لعارِضٍ.

---

(١) في (س، ض): «تعلق».

(٢) في (أ، ونسخة بحاشية ح): «متوقِّت»، وفي (أ٢، غ، ل): «مرتقب»، وفي (ع): «متوقِّف».

(٣) في (ض): «بعارض».

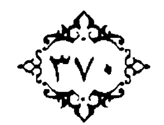
(٤) في (أ٢، س): «لغير».

(٥) ينظر: «التجريد» (١٠/ ٥٢٩٨)، و«رد المحتار على الدر المختار» (٣/ ٥١٠).

(٦) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٩٣٣٢).

(٧) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٢٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٢٣)، و«الحاوي» (١١/ ١٨٧)، و«المهذب» (٣/ ١٢٠)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ١٥٩).

(٨) ينظر: «الموطأ» (٢/ ٥٨٢)، و«مصنف عبد الرزاق» (١١٠٩٥)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (١٩٣٣٤)، و«إرشاد الفقيه» (٢/ ٢٢٩).



فإن قيل: المقصودُ بالعِدَّةِ[1] براءةُ الرحمِ، وقد عَلِمنا ذلك.

قيل له: يَبْطُلُ به إذا قال لها: إذا ولدتِ فأنتِ طالِقٌ. فولَدتْ فعليها العِدَّةُ مع عِلْمِنا ببراءَةِ رحمِها[2].

قال: وعلى المبتوتةِ والمتوفَّى عنها زوجُها إذا كانتْ بالغةً مسلِمةً الإحدادُ[3].

أما وجوبُه على المتوفَّى عنها[4]: فلِما رُوِي: أنَّ أُمَّ حبيبةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا لمَّا بلَغها موتُ أبي سفيانَ انتظرَتْ ثلاثًا، ثُمَّ ادَّهنَتْ، وقالتْ: ما بي مِن طِيبٍ، لكن[5] سمعتُ رسولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقولُ: «لا يَحِلُّ لِامْرَأَةٍ تُؤْمِنُ باللَّهِ واليَوْمِ الآخِرِ أنْ تُحِدَّ علَى مَيِّتٍ أكثَرَ مِنْ ثلاثَةِ أيَّامٍ إلَّا علَى زوجِهَا أربَعَةَ أشْهُرٍ وعَشْرًا»[6].

وأما المبتوتةُ فعليها الإحدادُ، وقال الشافعيُّ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ: لا إحدادَ عليها[7].

---

(١) في (أ٢، ح، ش، غ، ي): «من العدة».

(٢) في (أ٢، غ، ل، ي): «الرحم».

(٣) بعده في (ي): «بترك الطيب والزينة والادِّهان والكحل أربعة أشهر وعشرًا إلا من عذر».

(٤) بعده في (ي): «زوجها».

(٥) في (أ٢، غ): «ولكن»، وفي (ح): «ولكني»، وفي (ظ، ع): «لكني».

(٦) أخرجه البخاري (١٢٨٠)، ومسلم (١٤٨٦).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٢): «تُحِدّ بالحاء والدال المهملتين: يقال: أَحَدَّت المرأة على زوجها، تحد، فهي محد. وحَدَّت تَحَد، فهي حاد: إذا حزنت عليه، ولبست ثياب الحزن، وتركت الزينة. والحد هو المنع. قاله في المشارق. قال في المغرب: لأنها منعت عن ذلك، أو منعت نفسها». ينظر: «مشارق الأنوار» (١/ ١٨٤)، و«المغرب» (١/ ١٨٧).

(٧) هو قوله الجديد، وهو المعتمد في المذهب.

وينظر: «الحاوي» (١١/ ٢٧٥)، و«المهذب» (٣/ ١٣٠)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٢٤٥)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٤٠٥).



لنا: ما رُوِي في حديثِ أُمِّ سلمةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى المعتدَّةَ أن تَخْتَضِبَ بالحِنَّاءِ[1]. وقال: «الحِنَّاءُ طِيبٌ»[2]. ولم يُفَصِّلْ، ولأنها مُسلِمةٌ بانَتْ مِن زوجِها بينونةً يتعلَّقُ بها تحريمُ الوَطْءِ، وهي مِن أهلِ العباداتِ، فلَزِمها الإحدادُ كالمتوفَّى عنها زوجُها.

فإن قيل: عدَّةٌ موجِبُها الوَطْءُ، فلا يَجِبُ فيها الإحدادُ كعِدَّةِ الصغيرةِ.

قيل له: الصغيرةُ لا تُخاطَبُ بفُرُوعِ[3] الشرْعِ[4]، فلم يَلْزَمْها الإحدادُ، وفي مسألتِنا بخلافِه.

قال: [6]وتَتْرُكُ الطِّيبَ، والزِّينةَ، والدُّهْنَ[5]، والكُحْلَ إلَّا مِن عُذْرٍ[6]، ولا تَخْتَضِبُ بالحِنَّاءِ، ولا تَلْبَسُ ثَوْبًا مَصْبُوغًا بِعُصْفُرٍ ولا زَعْفرانٍ.

وذلك لِما رُوِي في حديثِ أُمِّ سلمةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نهى المعتدَّةَ أن تَخْتَضِبَ بالحِنَّاءِ، وقال: «هُوَ طِيبٌ». فدَلَّ على المنْعِ مِن التطيُّبِ[7].

---

(١) يقال: اختضب إذا كان بالحناء، فإن كان بغير الحناء قيل: صبغ شعره، ولا يقال: اختضب. «المصباح المنير» (١/ ١٧١).

(٢) أخرجه أبو داود (٢٣٠٥)، والنسائي (٣٥٣٧). قال البيهقي في «المعرفة» (٧/ ١٦٨): «إسناد ضعيف». وينظر: «الأحكام الوسطى» (٣/ ٢٢٣)، و«نصب الراية» (٣/ ١٢٤، ٢٦١)، و«إرشاد الفقيه» (٢/ ٢٣٢)، و«البدر المنير» (٨/ ٢٤٠-٢٤١)، و«الدراية» (٢/ ٧٩).

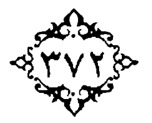
(٣) في (أ٢، غ): «بأمور».

(٤) في (ظ): «الشريعة»، وفي (ي): «الإسلام».

(٥) ليس في (أ، ع).

(٦-٦) ليس في (ي).

(٧) في (غ، ي): «التطييب».



ورُوِي: «وَلَا تَلْبَسُ المُعَصْفَرَ، وَلَا تَلْبَسُ الحُلِيَّ، وَلَا تَخْتَضِبُ، ولا تَكْتَحِلُ».

وأما المصبوغُ بالعُصفرِ والزعْفرانِ، فله رائحةٌ مُسْتَلَذَّةٌ فأَشْبَهَ الطِّيبَ.

وأما الدُّهنُ: فلِما رُوِي في حديثِ أُمِّ حبيبةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا: «أنها ادَّهنَتْ بعْدَ ثلاثٍ[1]، وقالَتْ: ما بِي مِن طِيبٍ»[2].

وأما الكحلُ: فلأنه يُقْصَدُ به الزينةُ، ⁽⁴فإن فعَلَتْ ذلك لِعُذْرٍ[3] وشكايةٍ جاز؛ لأنه لا يُقْصَدُ به الزينةُ⁴⁾.

قال: ولا إحدادَ على كافرةٍ ولا صغيرةٍ.

وقال الشافعيُّ: عليهما الإحدادُ[5].

لنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ»[6]. وهذا يَنْفِي خِطابَ الصَّغِيرةِ بالشرْعياتِ[7]؛ ولأنها عبادةٌ مِن فروعِ الشرعِ، فلا يثبُتُ في حقِّ الصغيرةِ والكافرةِ، كالصومِ والصلاةِ.

(١) في (ي): «موت أبي سفيان بثلاثة أيام».

(٢) تقدَّم تخريجه.

(٣) في (ح): «من عذر».

(٤-٤) ليس في (أ٢، س).

(٥) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٣٧، ٢٤٨)، و«الحاوي» (١١/ ٢٨٣)، و«بحر المذهب» (١١/ ٣٤٥)، و«روضة الطالبين» (٨/ ٤٠٥).

(٦) أخرجه أبو داود (٤٤٠١)، والنسائي في «الكبرى» (٧٣٠٣) من حديث علي. وفي الباب عن أبي هريرة، وأبي قتادة، وثوبان، وشداد بن أوس، وعائشة. وينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٦١-١٦٥).

(٧) في (ي): «بالمشروعات»، وكتب قبالتها في الحاشية ولم يصحَّح: «بالتبرعات».



فإن قيل: إنها معتدَّةٌ مِن[1] وفاةِ زوجِها، فلَزِمها الإحدادُ كالبالغةِ المسلِمةِ[2].

قيل له: المعْنى في الأصلِ أنها يَلْزَمُها فروعُ الشرْعِ، والإحدادُ مِن فروعِ الشرعِ فلَزِمها، وفي مسألتِنا بخلافِه.

قال: وعلى الأمةِ الإحْدادُ.

وذلك لأنها عبادةٌ بدنيةٌ لا [3]يَسْقُطُ بها[3] حقُّ المولى، فلَزِم الأمةَ كالصومِ والصلاةِ.

قال: وليس في عِدَّةِ النكاحِ الفاسدِ ولا في عِدَّةِ أُمِّ الولدِ إحدادٌ.

وذلك لأن الإحدادَ يَجِبُ لحُرمةِ[4] الزوجيةِ، والنكاحُ الفاسدُ لا حُرمةَ له[5]، وأما أُمُّ الولدِ فعِدَّتُها مِن وَطْءٍ فهي كالمعتدَّةِ مِن نكاحٍ فاسدٍ.

قال: ولا يَنْبغِي أن تُخطَبَ المعتدَّةُ، ولا بأْسَ بالتعْريضِ في الخِطْبةِ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿وَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا عَرَّضْتُم بِهِۦ مِنْ خِطْبَةِ ٱلنِّسَآءِ أَوْ أَكْنَنتُمْ فِىٓ أَنفُسِكُمْ ۚ عَلِمَ ٱللَّهُ أَنَّكُمْ سَتَذْكُرُونَهُنَّ وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾ [البقرة: ٢٣٥]. قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «السِّرُّ النِّكَاحُ»[6]. فمنَع مِن التصريحِ بالخِطبةِ[7].

---

(١) في (ر، ي): «عن».

(٢) ليس في (ل)، وفي (ي): «والمسلمة».

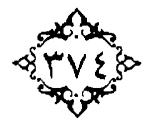
(٣-٣) في (أ٢، ح، غ، ي): «يسقطها».

(٤) في (س، ل): «بحرمة»، وفي (ي): «لجهة».

(٥) ليس في (س)، وفي (أ٢): «فيه».

(٦) قال الزيلعي في «نصب الراية» (٣/ ٢٦٢): «غريب». وقال ابن حجر في «الدراية» (٢/ ٧٩): «لم أجده».

(٧) ليس في (أ، ع).



فأمَّا جوازُ التعريضِ فقد دلَّ عليه أوَّلُ الآيةِ، ورُوِي أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال لفاطمةَ بنتِ قيسٍ: «إذا انقضَتْ عِدَّتُكِ فآذِنيني»[1]. وهذا تعريضٌ، وعن ابنِ عباسٍ: «التعريضُ أن يقولَ: إني أريدُ أن أتزوَّجَ»[2]. وعن سعيدِ بنِ جُبيرٍ في قولِه تعالى: ﴿إِلَّآ أَن تَقُولُواْ قَوۡلٗا مَّعۡرُوفٗاۚ﴾ [البقرة:٢٣٥]. أي: «إني فيكِ لراغبٌ، وإني لأرجو أن نَجْتَمِعَ»[3].

قال: ولا يَجوزُ للمطلَّقةِ الرجْعِيَّةِ والمَبْتُوتةِ الخروجُ مِن بيتِها ليلًا ولا نهارًا.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿لَا تُخۡرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ وَلَا يَخۡرُجۡنَ إِلَّآ أَن يَأۡتِينَ بِفَٰحِشَةٖ مُّبَيِّنَةٖۚ﴾ [الطلاق:١]. ولأن نفقتَها تَجِبُ على الزوجِ، فلا يَجوزُ لها الخروجُ كالزوجةِ.

قال: والمتوفَّى عنها زوجُها تَخْرُجُ نهارًا وبعضَ الليلِ، ولا تَبِيتُ[4] [5]في غيرِ[5] مَنْزِلِها.

وذلك لِما رُوِي: أن فُرَيْعَةَ بنتَ مالكِ بنِ سنانٍ، أختَ أبي سعيدٍ الخدريِّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا قُتِل زوجُها، فاستأذنَتِ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في الانتقالِ، فقال: «اسْكُني

---

(١) أخرجه مسلم (١٤٨٠).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (١٧١١٧)، والبخاري (٥١٢٤)، وابن المنذر (٧١٥٠)، والبيهقي (٧/ ١٧٨).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٧١١٣)، والبيهقي (٧/ ١٧٩).

(٤) في (ل): «ولا تثبت».

(٥-٥) في (أ، ح، ر، ش، ض٢، ع، م): «عن»، وفي (أ٢): «إلا في»، وفي (س، ض١، غ، ونسخة مصحَّح عليها بحاشية ح): «غير»، وفي (ظ): «في»، وفي (ي): «إلا».



في بيتِكِ حَتَّى يَبْلُغَ الكِتَابُ أَجَلَهُ»[1]. فمنعها مِن الانتقالِ، ولم يُنْكِر عليها خروجَها إليه فدَلَّ على جوازِه.

ولما رُوِي: «أن نسوةً مِن هَمَذانَ نُعِي إليهنَّ أزواجُهنَّ فسألنَ ابنَ مسعودٍ فقُلْنَ: إنا نستوحِشُ. فأمَرَهُنَّ أن يجتمِعْنَ بالنهارِ، فإذا كان الليلُ فلْتَرْجِعْ كلُّ واحدةٍ[2] إلى بيتِها»[3].

قال: وعلى المعتدَّةِ أن تعتدَّ[4] في المنزلِ الذي يُضافُ[5] إليها بالسكْنى حالَ[6] وقوعِ الفُرقةِ[6].

وذلك لقولِه تعالى: ﴿لَا تُخْرِجُوهُنَّ مِنۢ بُيُوتِهِنَّ﴾ [الطلاق: ١]. والبيتُ المضافُ إليها هو الذي تَسْكُنُه، ولهذا قال أصحابُنا: إذا زارتْ أهلَها فطلَّقها زوجُها كان عليها أن تعودَ إلى منزلِها فتعتدَّ فيه؛ لأنَّه الموضعُ الذي يُضافُ إليها[7].

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٣٠٠)، والترمذي (١٢٠٤)، والنسائي (٣٥٢٨، ٣٥٢٩، ٣٥٣٠، ٣٥٣٢)، وابن ماجه (٢٠٣١). وقال الترمذي: «حسن صحيح».

(٢) بعده في (ي): «منهن».

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٢٠٦٨، ١٢٠٦٩)، ومن طريقه الطبراني (٩٦٥٨، ٩٦٥٩)، والبيهقي (٧/ ٤٣٦). قال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٩/ ٣٣٤): «رواه الطبراني، ورجاله رجال الصحيح».

(٤) في (أ٢): «تنزل».

(٥) في (س): «أضافه».

(٦-٦) في (ي): «الطلاق».

(٧) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٤٩)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٠٥)، و«الهداية» (٢/ ٢٧٩)، و«العناية» (٤/ ٣٤٤).



قال: فإن كان نصيبُها مِن دارِ الميتِ لا يَكْفِيها، وأَخْرَجها الورثةُ مِن نصيبِهم انْتقَلَتْ.

وذلك لأن فِعْلَ العِدَّةِ[1] في منزلِ الزوجِ عبادةٌ، وإخراجُ[2] الورثةِ لها عذْرٌ، والعباداتُ يؤثِّرُ فيها العذْرُ.

وعلى هذا قال أصحابُنا: في كلِّ موضعٍ تُضْطَرُّ[3] إلى الخروجِ مثْلُ أن تَخافَ سقوطَ منزلِها، أو تَخافَ على متاعِها، أو يكونَ بأُجرةٍ ولا تَجِدُ ما تؤدِّيه، فلها أن تَنْتَقِلَ لِما بيَّنَّاه[4].

وأما إذا كان نصيبُها مِن دارِ الميِّتِ يَكْفِيها في السكْنى، فإنها تَسْكُنُ فيه ولا تَنْتَقِلُ؛ لأنها تَقْدِرُ أن تأْتِيَ بالعبادةِ على وجْهِها فكان أَوْلى.

قال: ولا يَجوزُ أن يُسافِرَ الزوجُ بالمطلَّقةِ[5] الرجعيةِ.

وقال زفرُ: يَجوزُ[6].

وهذا الاختلافُ مَبْنِيٌّ على أن السفَرَ عندَ أصحابِنا ليس برجعةٍ؛ لأنَّه لا يَخْتَصُّ

---

(١) في (ي): «المعتدة».

(٢) في (ي): «إخراجها بفعل».

(٣) في (أ٢، ر، س، ش، ل): «بضطر»، ورسم بغير نقط أوله في (ح، ض، ظ، غ).

(٤) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٥٢)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢٠٥)، و«الهداية» (٢/ ٢٧٩)، و«العناية» (٤/ ٣٤٣).

(٥) في (ي): «بمطلقته».

(٦) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٥٠)، و«الهداية» (٢/ ٢٥٧)، و«العناية» (٤/ ١٧٤)، و«البناية» (٥/ ٤٧١).



بالنكاحِ، ألا تَرَى أن الإنسانَ يُسافرُ بزوجتِه وبأُمِّه[1]، وما لا يَخْتَصُّ بالنكاحِ لا يَقَعُ[2] به رجعةٌ.

وقال زفرُ: هو رجعةٌ؛ لأن مَن لا يريدُ إمساكَ المرأةِ لا يُسافرُ بها، فصار السفرُ بمنزلةِ القُبْلةِ.

وإذا ثبَت عندَ أصحابِنا أن السفرَ ليس برجعةٍ: فلو جاز له أن يُسافِرَ بها لخرَجَتْ مِن بيتِها مع بقاءِ العِدَّةِ، وذلك لا يَجوزُ.

وإذا ثبَت مِن أصلِ زفرَ أن السفرَ رجعةٌ: فقد سافَر بها بعْدَ زوالِ العدَّةِ، فصارتْ[3] كغيرِ المطلَّقةِ.

قال: وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه طلاقًا بائنًا، ثُمَّ تزوَّجها في عِدَّتِها، وطلَّقها قبْلَ «أن يَدْخُلَ»[4] بها فعليه مهرٌ كامِلٌ، وعليها عِدَّةٌ مُستَقْبَلَةٌ.

وقال محمدٌ: لها نصفُ المهْرِ، وعليها تمامُ[5] العِدَّةِ الأُولى[6]. وبه قال الشافعيُّ[7].

---

(١) في (س، ظ، ي، ونسخة مدرجة بين السطرين في ر): «بأمته»، وفي (ل): «بأمةٍ».

(٢) رسم بغير نقط أوله في (أ، أ٢، ض، ظ)، وفي (ر، ي): «تقع».

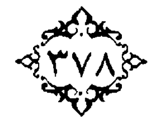
(٣) في (س، ض، غ): «فصار».

(٤) في (ي): «الدخول».

(٥) في (ع): «إتمام».

(٦) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٧٧)، و«العناية» (٤/ ٣٣١)، و«البناية» (٥/ ٦١١).

(٧) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٥٤٥)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٢٠٠)، و«بحر المذهب» (٩/ ٥٢١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٣٣٢).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ: قولُه تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾ [البقرة: ٢٢٨]. ولم يُفصِّلْ، ولأنها معتدَّةٌ[١] عَقِيبَ الطلاقِ[١] مِن نكاحٍ تامٍّ فوجَب أن يَلْزَمَها كمالُ العِدَّةِ، كما لو دخَل بها، ثُمَّ طلَّقها.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أنها مُطلَّقةٌ قبْلَ المسيسِ، فصار كما لو تزوَّجها ابتداءً وطلَّقها قبْلَ الدخُولِ.

والجوابُ: أن هناك لا يَجِبُ عليها عِدَّةٌ، فلا يُعتبَرُ كمالُها ونقصانُها، وهاهنا تَجِبُ عدَّةٌ في نكاحٍ تامٍّ فوجبتْ بكمالِها.

قال: ويَثْبُتُ نسَبُ ولدِ المطلَّقةِ الرجعيةِ إذا جاءَتْ[٢] به لسنتَيْنِ أو أكثرَ ما لم تُقِرَّ بانقضاءِ عِدَّتِها، فإن جاءَتْ به لأقلَّ مِن سنتَيْنِ بانتْ[٣]، وإن جاءَتْ به لأكثرَ مِن سنتَيْنِ ثبَت نسبُه وكانت رجعةً[٤]، والمبتوتةُ يثبُتُ نسَبُ ولدِها إذا جاءَتْ به لأقلَّ مِن سنتَيْنِ، فإن جاءَتْ به لتمامِ سنتَيْنِ مِن يومِ الفُرْقةِ لم يَثبُتْ[٥] إلا أن يَدَّعِيَه.

والأصلُ في هذه المسائلِ هو أن أقلَّ مدَّةِ الحمْلِ ستةُ أشهُرٍ، وذلك لما رُوي: «أن رجلًا تزوَّج امرأةً فجاءَتْ بولدٍ لستةِ أشهرٍ، فهَمَّ عثمانُ برَجْمِها، فقال ابنُ عباسٍ: أما إنها لو خاصَمَتْكُمْ بكتابِ اللَّهِ تعالى لَخَصَمَتْكُمْ، قال اللَّهُ تعالى:

---

(١) في (ي): «عن طلاق».

(٢) في (أ، ر، ع، ل): «أتت».

(٣) بعده في (ي): «منه»، وبعده في (نسخة مختصر القدوري)، و«البناية» (٥/ ٦٣٢)، و«العناية» (٤/ ٣٥١): «من زوجها».

(٤) في (أ، أ٢، ظ، ل): «رجعية».

(٥) بعده في (ل): «نسب».



﴿وَحَمْلُهُۥ وَفِصَٰلُهُۥ ثَلَٰثُونَ شَهْرًا﴾[الأحقاف: ١٥]. وقال تعالى: ﴿وَٱلْوَٰلِدَٰتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَٰدَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ﴾[البقرة: ٢٣٣]. فثبَت أن مدَّةَ الحمْلِ تكون ستةَ أشهرٍ»[1].

فأما أكثرُ مدَّةِ الحمْلِ فعندَنا سنتانِ[2]، وقال الشافعيُّ: أربعُ سنينَ[3].

لنا: ما رُوِي عن عائشةَ أنها قالتْ: «لا يَبْقَى الولدُ في رَحِمِ أُمِّه[4] أكثرَ مِن سنتَيْنِ، ولو بِفَلْكَةِ[5] مِغْزَلٍ»[6]. وهذا لا يُقالُ إلَّا مِن جهةِ التوقيفِ؛ لأنه أمرٌ مُغَيَّبٌ،

---

(١) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٣٤٤٦، ١٣٤٤٧)، و«سنن سعيد بن منصور» (٢٠٧٥/ الأعظمي)، و«الأوسط» لابن المنذر (٨٥٤١، ٨٥٤٢)، و«إرشاد الفقيه» (٢/ ٢١٤)، و«التلخيص الحبير» (٣/ ٢١٩).

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢١١)، و«الهداية» (٢/ ٢٨١)، و«العناية» (٤/ ٣٥٥)، و«البناية» (٥/ ٦٣٥).

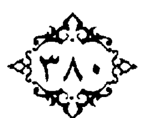
(٣) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٢٧)، و«الحاوي» (١٠/ ١٤٦)، و«المهذب» (٣/ ١١٨)، و«نهاية المطلب» (٩/ ٣٢٧).

(٤) في (ح): «امرأة»، وأشار في حاشية (ح) أنه كالمثبت في نسخة.

(٥) في (أ، أ٢، ح، ر، ش، ظ، ع، غ، ل، ي): «فركة»، وفي (س): «بفرك»، والمثبت من (ض)، هو الموافق لما في «المبسوط» (٦/ ٤٥)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ٢١١)، و«العناية» (٤/ ٣٦٢)، و«البناية» (٥/ ٢٦١)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٤٥)، ويبينه رواية الدارقطني: «ظل عود المغزل».

وقولها: «ولو بفلكة مغزل». على حذف المضاف، يعني: ولو بدور فلكة مغزل، وهو مَثَلٌ في الدوران، والغرض لقليل المدة. وفلكة المغزل قطعة مستديرة من الخشب تُجعل في أعلى المغزل وتثبَّت الصِّنَّارةُ من فوقها وعودُ المِغْزَل من تحتها. ينظر: «المغرب في ترتيب المعرب» (ص ٣٦٦).

(٦) أخرجه سعيد بن منصور (٢٠٧٧-الأعظمي)، والدارقطني (٣٨٧٤، ٣٨٧٥) من طريق ابن جريج، عن جميلة بنت سعد، عن عائشة. قال ابن المنذر في «الأوسط» (١١/ ٢٤٢): «وقد =



فكأنَّها روَتْ ذلك عن رسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، ولأنها مدَّةٌ قُدِّرَتْ لانتقالِ الصبيِّ مِن حالٍ إلى حالٍ، فلا يَجوزُ تقديرُها بأربعِ سنينَ كمدَّةِ الرَّضاعِ.

فإن قيل: المرجِعُ في مدَّةِ الحمْلِ إلى الخِلْقةِ والجِبِلَّةِ، وليس المرجِعُ إلى الشرْعِ وإن علَّق الشرْعُ به حكمًا، وقد وجَدْنا مدَّةَ الحمْلِ أربعَ سنينَ فوجَب الرجوعُ إليه، وهو أن محمدَ بنَ عبدِ اللَّهِ بنِ حَسَنٍ[1] حملَتْ به أُمُّه أربعَ سنينَ[2]، وكذلك هَرِمُ بنُ حيَّانَ حمَلَتْه أُمُّه أربعَ سِنِينَ، وسُمِّي هَرِمًا لاحْتِباسِه في بَطْنِ أُمِّه[3]، وقد رُوِي غيرُ ذلك أيضًا.

قيل له: لو صحَّ ذلك لظهَر وانتَشَر، كما ظهَر نقصانُ مدَّةِ الحمْلِ مِن تسعةِ أشهُرٍ، فلمَّا لم يَنْتَشِرْ دلَّ أن الروايةَ لا تثْبُتُ.

وإذا ثبَت ما قُلناه مِن أكثرِ مدَّةِ الحمْلِ وأقلِّها، قُلنا: كلُّ موضعٍ كان الوَطْءُ[4] مباحًا فمدَّةُ الحمْلِ مقدَّرةٌ بستةِ أشهرٍ، ما لم يُؤَدِّ ذلك إلى إثباتِ رجعةٍ بالشكِّ، أو استحقاقِ مالٍ بالشَّكِّ.

وكلُّ موضعٍ كان الوطءُ محظورًا فمدَّةُ الحمْلِ مقدَّرةٌ بسنتَيْنِ، وإنما كان

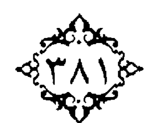
احتج بعض أصحاب الرأي بحديث واهي الإسناد، فذكره».

(١) في (ر، س، ش، ض، ظ، ل، ونسخة بحاشية ح): «حسين». والمثبت من باقي النسخ موافق لما في مصادر التخريج.

(٢) ينظر: «مقاتل الطالبيين» (ص٢٠٩)، و«تهذيب الكمال» (٢٥/ ٤٧٠)، و«البداية والنهاية» (١٣/ ٣٨٢).

(٣) ينظر: «المعارف» (ص٥٩٥)، و«البدر المنير» (٨/ ٢٢٦).

(٤) بعده في (ي): «فيه».



كذلك؛ لأن الواجبَ حمْلُ أَمْرِ المسلِمِين[1] على الصحَّةِ والسلامةِ ما أَمْكَن، فإذا تزوَّجها قُدِّرتْ مدَّةُ الحمْلِ بستةِ أشهُرٍ حتى لا يؤدِّيَ إلى فسادِ نكاحِها، فإن طلَّقها طلاقًا رَجْعيًّا ثبَت نسَبُ ولدِها ما بينَها[2] وبينَ سنتَيْنِ؛ لأنها مدَّةُ الحمْلِ.

وإنما[3] لم تُقَدَّرْ[4] مدَّةُ الحمْلِ في هذا الموضعِ بستةِ أشهُر، وإن كان الوطءُ مباحًا؛ لأن التقديرَ بذلك يؤدِّي إلى إثباتِ رجعةٍ بالشكِّ، ألا ترى أنا لا بُدَّ أن نَحْكُمَ أنه وَطِئها بعْدَ الطلاقِ، ولا حاجةَ بنا إلى ذلك فاعْتَبَرْنا أكثرَ مدَّةِ الحمْلِ.

وأما إذا جاءتْ به لأكثرَ مِن سنتَينِ، ثبَت نسبُه وكان[5] رجعةً[6]؛ لأنه لا بُدَّ أن يكونَ [7]لِوَطْءٍ حادثٍ[7] بعْدَ الطلاقِ، ووَطْؤها مباحٌ للزوجِ، فلم يَجُزْ حمْلُ أَمْرِها على وَطْءِ غيرِه، فحُمِلَ الأَمْرُ على أنه وَطِئها في العِدَّةِ فصار مُراجِعًا، وثبَت نسَبُ الولدِ وصحَّتِ الرجْعةُ.

وإن طلَّقها طلاقًا بائنًا ثبَت نسَبُ ولدِها ما بينها[8] وبين سنتَينِ؛ لأن الوَطْءَ محظورٌ في الطلاقِ البائنِ، فالواجِبُ حَمْلُ أَمْرِ المسلِمةِ[9] على الصحَّةِ والسلامةِ

---

(١) في (أ٢، غ، ي): «المسلمة»، وفي (س، ظ): «المسلم».

(٢) في (س): «بينهما».

(٣) ليس في (ر)، وفي (أ، ع): «إذا»، وفي (ش، ض، ل): «إن».

(٤) في (ي): «نقدر»، وفي (ح، ر، س، ع، ل): «يقدر»، ورسمت بغير نقط أوله في (أ، ش، غ).

(٥) في (أ، ض، ظ، س، ع، غ، ل): «كانت».

(٦) في (أ٢، ش): «رجعية».

(٧) في (أ٢، ح): «بوطء حادث»، وفي (ل): «الوطء جاريًا»، وفي (ي): «الوطء حادثًا».

(٨) في (ر، ي): «بينه».

(٩) في (س، ض): «المسلمين»، وفي (ر، ش، ل): «المسلم».



ما أَمْكَن، فقُدِّرتْ مدَّةُ الحمْلِ في الطلاقِ البائنِ بسنتَيْنِ؛ لأنه أكثرُ المدَّةِ، لِئلَّا يُحْمَلَ أَمْرُها على الفسادِ.

فإن جاءتْ به لأكثرَ مِن سنتَيْنِ لم يَثبُتْ نسبُهُ؛ لأنه حمْلٌ حادِثٌ بعْدَ البينونةِ، فلم يَثبُتْ مِن الزوجِ.

وأما قولُه: إلا أن يَدَّعِيَه. فصحيحٌ؛ لأنه يَجوزُ أن يكونَ الزوجُ وَطِئها حالَ العِدَّةِ بشبهةٍ فيثْبُتُ نسَبُ الولدِ إذا ادَّعاه لمَّا كان له وجْهٌ صحيحٌ.

قال: ويثبُتُ نسَبُ وَلَدِ[1] المتوفَّى عنها زوجُها[2] ما بينَ الوفاةِ وبينَ سنتَيْنِ.

وقال زفرُ: إذا لم تدَّعِ الحبَلَ[3] في مدَّةِ العِدَّةِ، وجاءت به لعشرةِ أشهرٍ وعَشرةِ أيامٍ لم يَثْبُتْ[4].

وجْهُ قولِهم: أن المتوفَّى عنها يَجوزُ أن تكونَ حامِلًا، فلا تَنْقَضِي عدَّتُها بالأشهرِ، فوجَب أن لا يُحْكَمَ بانقضاءِ عدَّتِها ما لم تُقِرَّ بذلك، أصلُه المعتدَّةُ مِن الطلاقِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن الأصلَ عدمُ الحمْلِ، فإذا مضتْ أربعةُ أشهرٍ وعَشْرٌ حكَمْنا بانقضاءِ عِدَّتِها فكأنها أقرتْ بذلك، فإن جاءتْ بولدٍ بعْدَ ذلك لأقلَّ مِن ستةِ أشهرٍ ثبَت نسبُه؛ لأنَّا[5] عَلِمنا وجودَه قبْلَ انقضاءِ العِدَّةِ، وإن جاءَتْ به لأكثرَ

---

(١) ليس في (أ، ع، غ، ل).

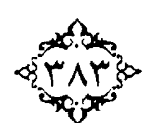
(٢) ليس في (أ، أ٢، ع، غ، ل).

(٣) في (ر، س، ض، ي): «الحمل».

(٤) بعده في (ي): «نسبه».

ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٨١)، و«العناية» (٤/ ٣٥٥)، و«البناية» (٥/ ٦٣٥).

(٥) بعده في (أ٢، ح، غ): «قد».



مِن ستةِ أشهرٍ جاز أن يكونَ لحمْلٍ حادِثٍ، فلم يثبُتْ نسبُه بالشكِّ.

قال: وإذا اعترفَتِ المعتدَّةُ بانقضاءِ عِدَّتِها، ثُمَّ جاءَتْ بولدٍ لأقلَّ مِن ستةِ أشهرٍ ثبَت نسبُه، وإن جاءَتْ به لستةِ أشهرٍ لم يثْبُتْ.

وقال الشافعيُّ: يثبُتُ[1] منه، إلا أن تكونَ قد تزوَّجتْ فيثبُتُ مِن الثاني، أو تأْتِي به لأكثرَ مِن أربعِ سنينَ[2].

لنا: أنها أَمِينةٌ فيما تُخْبِرُ به مِن انقضاءِ عِدَّتِها، والأَمِينُ يُحمَلُ قولُه على الصحَّةِ ما أَمْكَن؛ ولأن الاعترافَ بانقضاءِ العِدَّةِ معْنًى صحَّ[3] مِن جهتِها، فوجَب أن لا يُحملَ على الفسادِ متى[4] أَمْكَن حملُه على الصحةِ كعقدِ النكاحِ.

ولا يُشْبِهُ هذا المتوفَّى عنها[5] إذا جاءَتْ بولدٍ لأقلَّ مِن عشرةِ أشهرٍ وعَشرةِ أيامٍ أنه يَلْزَمُه، وإن اعترفَتْ بانقضاءِ عِدَّتِها؛ لأنَّا في هذا الموضعِ حكَمْنا بانقضاءِ عدَّتِها بِمُضِيِّ الشهورِ في الظاهرِ، فلمَّا جاءَتْ بولدٍ لأقلَّ مِن ستةِ أشهرٍ بان أنها كانت حامِلًا في العِدَّةِ، فبطَل ما حكَمْنا به وثبَت[6] النسَبُ.

فإن قيل: ولدٌ أتتْ به لمدَّةِ حمْلٍ يَجوزُ أن يكونَ منه، ولم يَحْدُثْ هناك ما

---

(١) بعده في (ي): «نسبه».

(٢) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٣٨)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٢٤)، و«الحاوي» (١١/ ٢١٢)، و«المهذب» (٣/ ٨٠).

(٣) في (أ٢): «يصح»، وفي (ي): «صحيح».

(٤) في (ي): «ما».

(٥) بعده في (ح، ض): «زوجها».

(٦) في (ح، س، ض، ي): «يثبت».



هو أَوْلى منه فوجَب أن يثبُتَ النسَبُ منه، أصلُه إذا جاءَتْ به لأقلَّ مِن ستةِ أشهرٍ.

قيل له: إذا جاءَتْ به لأقلَّ مِن ستةِ أشهرٍ فقد تيقَّنَّا[1] كذبها، وإذا جاءَتْ به لأكثرَ فلم نتيقَّنْ، والأمينُ يُقْبَلُ قولُه ما لم يثبُتْ[2] كَذِبُه.

قال: وإذا ولَدتِ المعتدَّةُ ولدًا لم يثبُتْ نسبُه عندَ أبي حنيفةَ، إلَّا أن يشْهَدَ بولادَتِه رجلانِ، أو رجل وامرأتان، إلا أن يكونَ هناك حبَلٌ[3] ظاهِرٌ، أو اعْتِرافٌ[4] مِن قِبَلِ الزوجِ فيثْبُتُ النسَبُ بغيرِ شهادةٍ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يثبُتُ في الجميعِ بشهادةِ امرأةٍ واحدةٍ[5].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن العِدَّةَ انقضَتْ بوضعِ الحمْلِ وصارتْ أجنبيةً، ونسَبُ ولدِ الأجنبيةِ لا يثبُتُ بشهادةِ النساءِ المنفرداتِ، وليس كذلك حالُ الزوجيةِ؛ لأن شهادةَ النساءِ تَثْبُتُ بها[6] الولادةُ، ثُمَّ يثبُتُ النسَبُ بالفِراشِ فاخْتَلَفا.

وجْهُ قولِهما: أن هذا الولدَ جاءَتْ به على حكْمِ الفراشِ، وحكْمُ الفِراشِ أقوى مِن نفْسِ الفراشِ، بدليلِ أن ما[7] جاءَتْ به[8] على الفراشِ يَنْتَفِي باللِّعانِ،

---

(١) رسم في (ي) بالوجهين: «تيقَّنَّا»، و«تبيَّنَّا».

(٢) في (ش): «يتيقن»، وفي (ي): «يتبين».

(٣) في (س): «حمل».

(٤) بعده في (ي): «به».

(٥) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٨١)، و«العناية» (٤/ ٣٥٦)، و«البناية» (٥/ ٦٣٦).

(٦) في (أ، ش، ع، ل): «به».

(٧) في (ض، ي): «من».

(٨) في (ي): «بولد».



وفي هذا الموضعِ لا يَنْتَفِي باللِّعان، فإذا ثبَت ولادةُ المرأةِ بقولِ امرأةٍ واحدةٍ، فهذا أَوْلى.

وأما إذا كان هناك حبَلٌ ظاهِرٌ أو إقرارُ[1] الزوجِ بالحبَلِ فالقولُ قولُ المرأةِ في الولادةِ بغيرِ شهادةٍ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنه قد ثبَت[2] كونُ الولدِ في الرحِمِ بإقرارِه أو ظهورِه، وإذا ثبَت فلا بُدَّ مِن انفصالِه، فيكونُ القولُ قولَها في ذلك كانفصالِ دمِ الحيضِ.

وعندَهما: لا يثبُتُ ذلك إلا بشهادةِ امرأةٍ؛ لأن كلَّ ما يُمْكِنُ أن يُعْلَمَ مِن جهةٍ غيرِ الزوجةِ فإنه لا يثْبُتُ بقولِها كسائرِ الحقوقِ، بخلافِ الحيضِ؛ لأنه لا يُعْلَمُ إلا مِن جهتِها، ولا يُعْلَمُ مِن جهةٍ غيرِها.

قال: وإذا تزوَّج امرأةً فجاءَتْ بولدٍ لأقلَّ مِن ستةِ أشهرٍ من يومِ تزوَّجها لم يثْبُتْ نسبُه، وإن جاءَتْ به لستةِ أشهرٍ فصاعِدًا[3] ثبَت نسبُه[4] إن اعْتَرَف به (٥الزوجُ أو سكَت٥).

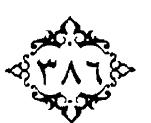
---

(١) في (غ، ل، ي): «أقر». (٢) في (ح، ش): «يثبت».

(٣) قال في حاشية (ح): «وإذا تصادق الزوجان على أن الولد من الزنى من فلان، فالنسب ثابت من الزوج؛ لأن سبب ثبوت النسب قائم، والنسب يثبت حقًّا للصبي، فلا يقبل تصادقهما على إبطال النسب، وعليه المهر، وكذلك لو كانت المنكوحة أمة، أو كان النكاح فاسدًا؛ لأن الفراش قد وجد. إيضاح».

(٤) قال في حاشية (ح): «قالوا فيمن تزوج امرأة وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر: يثبت النسب عندنا خلافًا للشافعي، ولو تزوج مجبوب امرأة بشهود ودخل بها وولدت لا يثبت النسب منه. قنية».

(٥-٥) من (أ٢، نسخة مختصر القدوري): وينظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٢)، و«العناية» (٤/ ٣٥٩)، =



وهذا لما بيَّنَّا أن أقلَّ مدَّةِ الحمْلِ ستةُ أشهرٍ، فإذا أتتْ به لأقلَّ مِن ستةِ أشهرٍ مِن يومِ التزويجِ[1] تيَقَّنَّا أن الحملَ كان قبْلَ العقدِ، فلا يثبُتُ[2] منه.

وأما إذا جاءَتْ به لأكثرَ مِن ذلك[3] فقد جاءَتْ به لحمْلٍ تامٍّ، فيَجوزُ[4] أن يكونَ منه، إلَّا أن له أن يَنْفِيَه عن نفْسِه، ما لم يَعْتَرِفْ به، أو يمضي مِن المدَّةِ ما يكونُ بمنزلةِ اعْتِرافِه، وقد بيَّنَّا ذلك[5].

قال: وإن جحَد الولادةَ ثبَت بشهادةِ امرأةٍ واحدةٍ تَشْهَدُ بالولادةِ.

وذلك لأن الولادةَ أَمْرٌ لا يَطَّلِعُ عليه الرجالُ، فيُقْبَلُ فيه قولُ [6]النساءِ المنْفَرِداتِ[6]، وكلُّ ما يُقْبَلُ فيه قولُ النساءِ المنفرداتِ، فإنه يُقبَلُ فيه قولُ [7]امرأةٍ واحدةٍ[7]، كالإخبارِ عن رسولِ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، وإذا ثبَتَتِ الولادةُ بشهادتها ثبَت النسَبُ بالفراشِ.

قال: وأكثرُ مدَّةِ الحمْلِ سنتانِ، وأقلُّه ستةُ أشهُرٍ.

وقد بيَّنَّا ذلك.

و«البناية» (٥/ ٦٣٨).

(١) في (ح): «التزوج».

(٢) بعده في (ي): «نسبه».

(٣) في (ح): «ستة أشهر».

(٤) في (ي): «فيحتمل».

(٥) تقدَّم في اللعان عند قول المصنف: «وإذا نفَى الرجلُ ولدَ امرأتِه عَقِيبَ الولادةِ... إلخ».

(٦-٦) في (ي): «امرأة واحدة».

(٧-٧) في (ي): «للواحدة».



قال: وإذا طلَّق الذِّمِّيُّ الذِّمِّيَّةَ فلا عِدَّةَ عليها.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: عليها العِدَّةُ[1]. وبه قال الشافعيُّ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن العِدَّةَ لا تَخْلو إمَّا أن تَجِبَ لِحَقِّ اللَّهِ تعالى أو لِحَقِّ الزوجِ، ولا يَجوزُ إيجابُها لِحَقِّ اللَّهِ تعالى؛ لأن الكفارَ لا يُخاطَبُون في أحكامِ الدنيا بالشرعياتِ[3]، ولا يَجوزُ أن يَجِبَ لحقِّ الزوجِ؛ لأنه لا يعتقِدُها حقًّا له، وإذا سقَط الأَمْرانِ لم يَجُزْ إيجابُها.

وجْهُ قولِهما: أنها مِن أهلِ دارِ الإسلامِ كالمسلِمةِ.

الجوابُ: أن المسلمةَ مُخاطَبةٌ بفروعِ الشرْعِ، فجاز أن يَلْزَمها العِدَّةُ، والكافرةُ لا يَلْزَمُها فروعُ الشرعِ ولا يعتقدُ[4] الزوجُ العِدَّةَ[5] حقًّا له، فلم يَجُزْ أن يَلْزَمَها.

قال: وإن تزوَّجتِ الحاملُ مِن الزِّنى جاز النكاحُ، ولا يَطَؤُها حتى تَضَعَ حَمْلَها.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ. وقال أبو يوسفَ، وزفرُ: لا يَجوزُ[6].

---

(١) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٧٧)، و«العناية» (٤/ ٣٣٤)، و«البناية» (٥/ ٦١٤).

(٢) ينظر: «الحاوي» (١١/ ٢٨٣)، و«بحر المذهب» (١١/ ٣٤٥).

(٣) في (ي): «بالمشروعات».

(٤) في (س): «يعقدها»، وفي (ي): «يعتقده».

(٥) ليس في (س، ي).

(٦) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ٢١٥)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٧٩)، و«اللباب في شرح الكتاب» (٣/ ٩١).



وجْهُ قولِهما: أن الحمْلَ مِن الزِّنى لا يتعلَّقُ به حكْمٌ إلا تحريمَ الوطءِ فصار كالحيضِ، ولأنه لو منَع[1] العقدَ لكان لحقِّ الزانِي، والزانِي مِمَّن[2] لا حقَّ له.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ، [3]وزفرُ[3]: أنها حاملٌ مِن الغيرِ فلا يَصِحُّ العقدُ عليها كأُمِّ الولدِ، ولأنه يَعْتِقُ على الزانِي إذا ملَكه فصار كالولدِ الثابتِ النسَبِ.

وإذا ثبَت عندَ أبي حنيفةَ: أن العقدَ صحيحٌ لم يَجُزْ له أن يَطَأَهَا حتى تَضَعَ حملَها[4] لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا يَسْقِيَنَّ أَحَدُكُمْ مَاءَهُ زَرْعَ غَيْرِهِ»[5].

وقد قال أصحابُنا: إن المعتدَّةَ إذا أسقَطتْ سِقْطًا لا[6] يَتبيَّنُ[7] خَلْقُه لم تَنْقَضِ به العِدَّةُ[8].

وقال الشافعيُّ: إذا شَهِد أربعةٌ[9] مِن النساءِ أنه حَمْلٌ، وأنه لو بَقِي لتصوَّر انقَضَتْ به العِدَّةُ[10].

---

(١) بعده في (ي): «من».

(٢) ليس في (ر، ي)، وفي (أ، ش، ع): «مما».

(٣-٣) من (ح، ي).

(٤) ليس في (أ، ح، ر، س، ش، ل).

(٥) أخرجه أبو داود (٢١٥٨)، والترمذي (١١٣١) من حديث رويفع بن ثابت. قال الترمذي: «هذا حديث حسن، وقد روي من غير وجه عن رويفع بن ثابت».

(٦) في (س، ش، ي): «لم».

(٧) في (أ٢): «يستبين».

(٨) ينظر: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٩٦).

(٩) في (ر، ل، ي): «أربع».

(١٠) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٣٦)، و«الحاوي» (١٨/ ٣١١)، و«بحر المذهب» (١٤/ ٣٤٦).



لنا: أنه لم يتبيَّنْ فيه خِلْقةُ آدمِيٍّ، فلم تَنْقَضِ به العِدَّةُ كالنطفةِ[1]، ولأن النساءَ يُخْبِرْنَ عمَّا شاهَدْنه[2]، وهن لم يُشاهِدْنَ خَلْقَ[3] الولدِ في الرَّحِمِ، فلم يُقْبَلْ قولُهن، وإذا لم يُقْبَلْ قولُهن فالظاهِرُ أنه ليس بولدٍ فلم[4] تَنْقَضِ به[5] العدَّةُ بالشكِّ.

فإن قيل: قد ثبَت بالشهادةِ فوجَب أن تَنْقَضِيَ به العِدَّةُ.

قيل له: الشاهدُ إذا لم يكن له طريقٌ إلى العِلْمِ بما يَشْهَدُ به لم[6] تُقْبَلْ شهادَتُه، وإذا لم تُقْبَلْ شهادتُه لم تَثْبُتْ[7]، فلم تَنْقَضِ به العِدَّةُ.

ولم يذكُرْ صاحبُ «الكتابِ» أقلَّ ما تُصَدَّقُ[8] فيه المعتدَّةُ في انقضاءِ عِدَّتِها.

وقد قال أبو حنيفةَ: لا تُصَدَّقُ إذا كانت حرَّةً في أقلَّ مِن شَهْرَيْنِ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: تسعةٌ وثلاثونَ يومًا[9].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ، على ما رواه محمدٌ عنه: أن انقضاءَ العدَّةِ بتسعةٍ وثلاثينَ يومًا نادرٌ، وهي أَمِينةٌ فيما تُخْبِرُ به، والأَمِينُ إذا ادَّعى خلافَ الظاهِرِ لا يُقْبَلُ[10]

(١) بعده في (ي): «ولأن النطفة يكون مثلها».

(٢) في (ي): «يشاهدنه».

(٣) في (أ٢، ح، غ، م): «خلقة»، وبعده في (ي): «آدمي ولا خلق».

(٤) في (أ، ح، ظ، ع، ل): «لم».

(٥) ليس في (أ٢، ح، س، غ، ي).

(٦) في (أ، ر، ض، ع، ل، ي): «لا».

(٧) في (س، ع، ل): «يثبت».

(٨) في (س، ظ، ع، ل): «يصدق».

(٩) ينظر: «الأصل» (٤/ ٣٩٩)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٥٣)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٩٨).

(١٠) بعده في (أ٢، ح، غ): «قوله».



منه[١]، كالوَصِيِّ إذا ادَّعى نفقةَ المالِ الكثيرِ في مدَّةٍ يسيرةٍ.

ولا يُقالُ: فقد قُلتم: إن المعتدَّةَ لو لم تُخْبِرْ[٢] بانقضاءِ عِدَّتِها عشرينَ سنةً كانت مُصدَّقَةً، وذلك خلافُ الظاهرِ ؛ لأنا لا نُصدِّقُها، ولكن الأصلُ بقاءُ العِدَّةِ فنحنُ نتمسَّكُ باليقينِ ولا نَنْتَقِلُ عنه بالشَّكِّ.

وإذا ثبَت هذا: فالظاهِرُ أن مَن أراد أن يُطلِّقَ أَوْقَع الطلاقَ في أوَّلِ الطُّهْرِ فتَعْتَدُّ عَقِيبَ الطلاقِ، وأقلُّ الطهْرِ خمسةَ عشَرَ يومًا، ثُمَّ يثبُتُ بعْدَه حيضُ خمسةِ أيامٍ، ولا يُعْتَبَرُ ثلاثةُ[٣] أيامٍ، ولا عشرةُ أيامٍ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما نادرٌ، فاعْتُبِر الوَسَطُ مِن[٤] ذلك، ثُمَّ يُعْتَبَرُ بعْدَ ذلك خمسةَ عشَرَ يومًا[٥] طهرٌ[٦]، وخمسةٌ[٧] حيضٌ[٨]، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرٌ، ثُمَّ خمسةٌ حيضٌ، فذلك ستونَ يومًا.

وروى الحسنُ عنه أنه قال: أَحْكُمُ بوقوعِ الطلاقِ في آخِرِ الطُّهْرِ؛ لأن طلاقَ السُّنةِ إيقاعُه في أوَّلِه وفي آخِرِه سواءٌ، فلا حاجةَ لي في الحكمِ به[٩] في أولِ الطهْرِ، وإذا حكَمْتَ[١٠] به في آخِرِ الطهْرِ اعْتَبَرْتَ أكثرَ مدَّةِ الحيضِ وهو عشرةُ أيامٍ؛ لأن في اعتبارِ آخِرِ الطهرِ نقْصٌ في العِدَّةِ، فاعْتُبِر أكثرُ الحيضِ حتى لا يَفُوتَ حقُّ الزوجِ مِن كلِّ وجْهٍ[١١].

---

(١) ليس في (ر، غ).
(٢) في (ع): «تخبرنا».
(٣) في (أ٢، ي): «بثلاثة».
(٤) في (ي): «في».
(٥) من (ر، ض، ي).
(٦) في (ل، ض): «طهرًا».
(٧) بعده في (ي): «أيام».
(٨) في (ض): «حيضًا».
(٩) ليس في (أ٢، ح، س، ش، ض).
(١٠) في (أ، ر، ش، ض، ع، ل): «حكم».
(١١) ينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ٧٥).



فعلى هذا يكونُ ابتداءُ العِدَّةِ: عشرةٌ حيضٌ، وخمسةَ عشرَ طُهْرٌ، وعَشرةٌ حيضٌ، وخمسةَ عشرَ طُهْرٌ، وعَشرةٌ حيضٌ، فذلك ستونَ يومًا.

وجْهُ قولِهما: أن الأمينَ يَجِبُ حمْلُ قولِه على الصحةِ ما أَمْكَن ولا يُحْمَلُ على الفسادِ، ويَجوزُ أن يكونَ حاضَتْ أقلَّ الحيضِ، وطهُرتْ أقلَّ الطهْرِ، وطلَّقها في آخِرِ الطهرِ، فيكونُ ابتداءَ العِدَّةِ ثلاثةٌ[1] حيضٌ، وخمسةَ عشرَ طهرٌ، وثلاثةٌ حيضٌ، وخمسةَ عشرَ طهرٌ، وثلاثةٌ حيضٌ، فذلك تسعةٌ وثلاثونَ يومًا.

وأما الأَمَةُ: فقال أبو حنيفةَ، على روايةِ محمدٍ[2]: لا تُصَدَّقُ في أقلَّ مِن أربعينَ يومًا؛ لأنه يَجْعَلُ عَقِيبَ الطلاقِ خمسةَ عشرَ طهرًا، وخمسةً حيضًا، وخمسةَ عشرَ طهرًا، وخمسةً حيضًا[3].

وعلى روايةِ الحسنِ: عَقِيبَ الطلاقِ عشرةٌ حيضٌ، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرٌ، ثُمَّ عشرةٌ حيضٌ، فتَنْقَضِي العِدَّةُ بخمسةٍ وثلاثينَ يومًا.

وعلى قولِهما: تُصَدَّقُ في أَحَدٍ وعشرينَ يومًا؛ ثلاثةٌ حيضٌ، وخمسةَ عشرَ طهرٌ[4]، وثلاثةٌ حيضٌ.

وأما النفساءُ إذا كانت حرَّةً قال أبو حنيفةَ، على روايةِ محمدٍ: لا تُصَدَّقُ في أقلَّ مِن خمسةٍ وثمانينَ يومًا[5].

---

(١) في (أ، ش، ض، ظ، ل، ي): «ثلاث». (٢) بعده في (س): «بن الحسن».

(٣) في (أ، أ٢، س، ش، ظ، ع، غ، ل): «حيض». وينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ٧٥).

(٤) في (ض، ي): «طهرًا».

(٥) ينظر: «الأصل» (٢/ ٤٥)، و«المبسوط» (٣/ ٢١٦)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٥٣)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٩٩).



وذلك لأنه لا يَعْتَبِرُ أقلَّ النفاسِ ولا أكثرَه؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما نادرٌ، فاعْتَبَر الوَسَطَ، ولم يُمْكِنِ اعتبارُ عشرينَ يومًا؛ لأنه يكونُ بعدَه خمسةَ عشرَ يومًا[1] طهرٌ، ثُمَّ خمسةٌ حيضٌ، فيُؤدِّي ذلك إلى أن يَفْصِلَ بينَ دَمَيْنِ[2] في مدَّةِ الأربعينَ، ومِن أَصْلِه أن الطهرَ لا يَفْصِلُ بينَ دَمَيْنِ في الأربعينَ وإن كَثُرَ، ويكونُ الجميعُ دمًا واحدًا، فاعْتَبَر أن يكونَ النفاسُ خمسةً وعشرينَ يومًا، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرٌ[3] لِيَقَعَ الدمُ الآخِرُ[4] بعْدَ الأربعينَ، ثُمَّ خمسةٌ حيضٌ، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرٌ، ثُمَّ خمسةٌ حيضٌ، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرٌ، ثُمَّ خمسةٌ حيضٌ، فذلك خمسةٌ وثمانونَ يومًا.

وعلى روايةِ الحسنِ: "(٥لا تَنْقَضِي عِدَّتُها٥) في أقلَّ مِن مئةِ يومٍ؛ لأنه يَعْتَبِرُ أكثرَ مدَّةِ النفاسِ، ثُمَّ يُثْبِتُ بعْدَ الأربعينَ عشرةً حيضًا، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طُهْرًا، ثُمَّ عشرةً حيضًا، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرًا، ثُمَّ عشرةً[6] حيضًا[7].

وأما أبو يوسفَ: فقال: لا تُصدَّقُ في أقلَّ مِن خمسةٍ وستينَ يومًا؛ لأن عندَه أقلَّ النفاسِ أَحَدَ عشرَ يومًا، ثُمَّ يَعْتَبِرُ بعْدَه خمسةَ عشرَ طهرًا، ثُمَّ ثلاثةً حيضًا، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرًا، ثُمَّ ثلاثةً حيضًا، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرًا، ثُمَّ ثلاثةً حيضًا[8].

---

(١) من (أ٢، ح، غ).

(٢) في (س، ي): «الدمين».

(٣) في (س، ض): «طهرًا».

(٤) في (س، ش، ض، ظ، ل، ي): «الأخير».

(٥-٥) في (أ٢): «لا تصدق على انقضاء عدتها»، وفي (ح، غ): «لا تصدق على انقضاء العدة».

(٦) في (أ، س، ع): «حيض».

(٧) في (أ، س، ع): «طهر».

(٨) ينظر: «الأصل» (٢/ ٤٥)، و«المبسوط» (٣/ ٢١٦)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٥٤)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٩٩).



وأما محمدٌ فقال: لا تُصدَّقُ في أقلَّ مِن أربعةٍ وخمسينَ يومًا وساعةٍ؛ لأن عندَه أقلَّ النفاسِ ما وُجِد مِن الدَّمِ فيُحكَمُ بنفاسِ ساعةٍ، ثُم[1] خمسةَ عشرَ يومًا[2] طهرٌ[3]، وثلاثةٌ حيضٌ[4]، وخمسةَ عشرَ طهرٌ، وثلاثةٌ حيضٌ، وخمسةَ عشرَ طهرٌ، وثلاثةٌ حيضٌ، فذلك أربعةٌ وخمسونَ يومًا وساعةٌ، هذا إذا كانت حُرَّةً[5].

فإن كانتْ أمةً؛ فعلى روايةِ محمدٍ، عن أبي حنيفةَ: لا تُصدَّقُ في أقلَّ مِن خمسةٍ وستينَ يومًا؛ لأنه يُثْبِتُ خمسةً وعشرينَ[6] نفاسًا، وخمسةَ عشرَ طهرًا، وخمسةً حيضًا، وخمسةَ عشرَ طهرًا، وخمسةً حيضًا.

وعلى روايةِ الحسنِ: يُثْبِتُ خمسةً وعشرينَ نِفاسًا، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرًا، ثُمَّ عشرةً حيضًا، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرًا، ثُمَّ عشرةً حيضًا، فذلك خمسةٌ وسبعونَ يومًا.

وعلى قولِ أبي يوسفَ: يُثْبِتُ أحدَ عشرَ نفاسًا، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرًا، ثُمَّ ثلاثةً حيضًا، ثُمَّ خمسةَ عشرَ طهرًا، ثُمَّ ثلاثةً حيضًا، فذلك سبعةٌ وأربعونَ يومًا.

وعلى قولِ محمدٍ: يَعْتَبِرُ ساعةً نفاسًا، وخمسةَ عشرَ طهرًا، وثلاثةً حيضًا، وخمسةَ عشرَ طهرًا، وثلاثةً حيضًا، فذلك ستةٌ وثلاثونَ يومًا وساعةٌ[7].

---

(١) بعده في (ي): «اعتبر».

(٢) من (أ٢، ح، غ).

(٣) في (ر، ض، ي): «طهرًا».

(٤) في (ض، ي): «حيضًا».

(٥) ينظر: «المبسوط» (٣/ ٢١٦)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٥٤)، و«بدائع الصنائع» (٣/ ١٩٩).

(٦) بعده في (ي): «يومًا».

(٧) ينظر فيما تقدَّم: «بدائع الصنائع» (٣/ ١٩٩)، و«المحيط البرهاني» (١/ ٢٦٩).

وأما على قولِ الشافعيِّ: فلا تُصدَّقُ الحرَّةُ في انقضاءِ عِدَّتِها في[1] أقلَّ مِن اثنينِ وثلاثينَ يومًا ولَحْظَتَيْنِ[2].

وبَناهُ على أصولِه[3]، وهو أن أقلَّ الحيضِ عندَه يومٌ وليلةٌ، والعِدَّةُ عندَه تَنْقَضِي بالأَطْهارِ، فيَجْعَلُ[4] الطلاقَ كأنَّه وقَع في آخِرِ الطهرِ، فيكونُ بعْدَ الطلاقِ لَحْظةٌ طهرٌ، ثُمَّ يومٌ وليلةٌ حيضٌ، ثُمَّ خمسةَ عشرَ يومًا طهرٌ، ثُمَّ يومٌ وليلةٌ حيضٌ، ثُمَّ خمسةَ عشرَ يومًا طهرٌ، ثُمَّ تَشْرَعُ في أوَّلِ الحيضةِ الثالثةِ، فذلك اثنانِ وثلاثونَ يومًا ولحظتانِ.

واللهُ أعلمُ

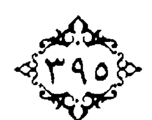
---

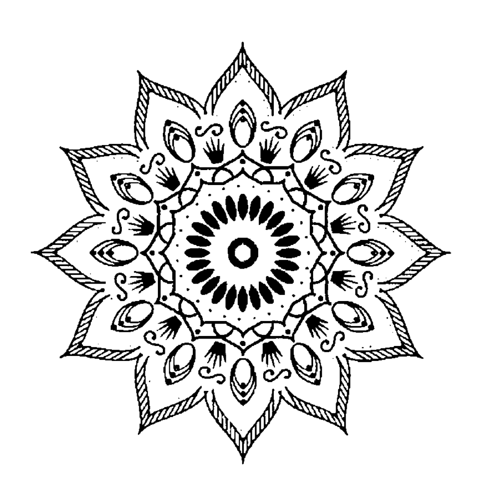
(١) في (أ، أ٢، ض، ظ، ع، ل): «على».

(٢) ينظر: «الحاوي» (١٠/ ٣٠٦)، و«المهذب» (٣/ ١٢٠)، و«نهاية المطلب» (١٤/ ٣٣٨)، و«بحر المذهب» (١١/ ٣١٧).

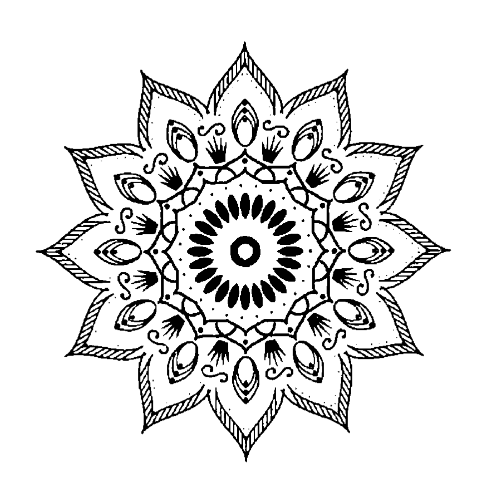
(٣) في (س، ع): «أصله».

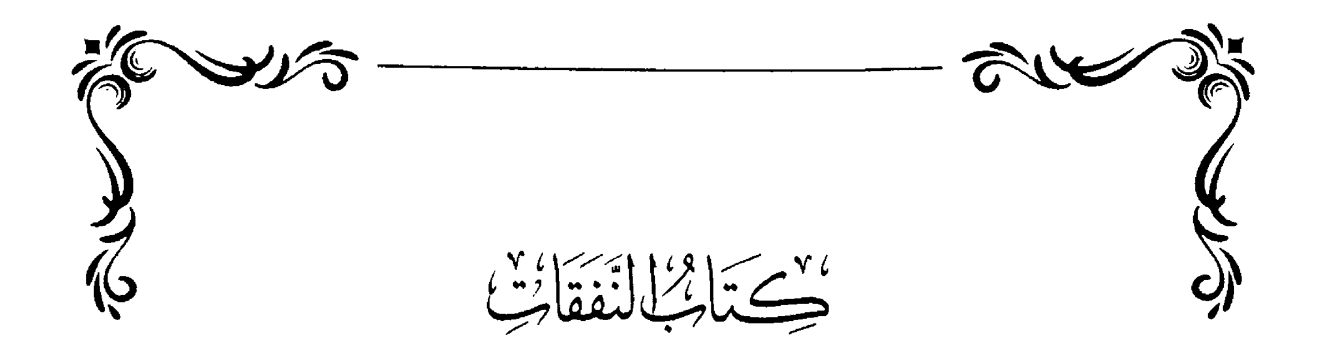
(٤) ()في (س): «فجعل».





كِتَابُ النَّفَقَاتِ





كتاب النفقات

الأصلُ في وجوبِ نفقةِ الزوجةِ قولُه تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾ [الطلاق: ٧]، وقال اللَّهُ تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]، وقولُه تعالى: ﴿وَإِن كُنَّ أُو۟لَٰتِ حَمْلٍ فَأَنفِقُوا۟ عَلَيْهِنَّ حَتَّىٰ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦].

وروَى أبو حُرَّةَ الرَّقاشِيُّ، عن عمِّه قال: «كنتُ آخذًا بزِمامِ ناقةِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أوسَطَ(١) أيامِ التشريقِ (٢إذْ ودَّعه٢) الناسُ، فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اتَّقُوا اللَّهَ فِي النِّسَاءِ فَإِنَّهُنَّ عِنْدَكُمْ عَوانٌ(٣) لا يَمْلِكْنَ لِأَنْفُسِهِنَّ شَيْئًا، وَإِنَّما أَخَذْتُمُوهُنَّ بأمانةِ اللَّهِ تعالى(٤)، واسْتَحْلَلْتُمْ فُرُوجَهُنَّ بِكَلِمَةِ اللَّهِ(٥)، لَكُمْ عليهنَّ

(١) في (ح): «وسط»، وفي (ض): «أواسط».

(٢-٢) في (س، ض٢): «إذ ودعته»، وفي (ر، ي، ومصدر التخريج): «أذودُ عنه»، وفي (م، غ): «إذا ودعته».

(٣) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٢): «عَوَان بفتح العين المهملة، والواو، وآخره نون: جمع عانية، والعانية مؤنث العاني، والعاني الأسير، وكل من ذل واستكان وخضع فقد عنا يعنو، وهو عان، والمرأة عانية، جمعها عاون، كما تقدم، أي: هن أسراء، أو كالأسراء». ينظر: «المغرب» (٢/ ٨٧).

(٤) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٢): «أمان اللَّه: أي بأن اللَّه ائتمنكم عليهن، فيجب حفظ الأمانة، وصيانتها مراعاة بحقوقها».

(٥) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٢): «كلمة اللَّه: قيل: هي قوله تعالى: =



حَقٌّ أن لَا يُوطِئْنَ فُرُشَكُمْ أَحَدًا غَيْرَكُمْ، وَلَا يَأْذَنَّ فِي بُيُوتِكُمْ لِأَحَدٍ تَكْرَهُونَه، فَإِنْ خِفْتُمْ نُشُوزَهُنَّ[1] فَعِظُوهُنَّ، وَاهْجُرُوهُنَّ فِي المضاجِعِ، وَاضْرِبُوهُنَّ غَيْرَ مُبَرِّحٍ[2]، وَلَهُنَّ عَلَيْكُمْ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالمَعْرُوفِ»، ثُمَّ قال: «أَلَا هَلْ قَدْ بَلَّغْتُ». قالها ثلاثًا»[3].

وهذا الذي ذكَرناه يدُلُّ على وجوبِ النفقةِ والكِسوةِ، وقال اللَّهُ تعالى: ﴿أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ﴾ [الطلاق: ٦]. وهذا يدُلُّ على وجوبِ السكْنى لهنَّ.

قال رَحِمَهُ اللَّهُ: **النفقةُ واجبةٌ للزوجةِ على زوجِها؛ مسلِمةً كانتْ أو كافرةً، إذا سلَّمتْ نفْسَها في منزِله، فعليه نفقتُها وكِسوتُها وسُكْناها.**

أما وجوبُ النفقةِ، والكِسوةِ، والسكْنى فقد دلَّلْنا عليه، وأما وجوبُ ذلك للزوجةِ الكافرةِ فلِعمومِ الآيِ والأخبارِ؛ ولأن المسلِمةَ إنما تَسْتَحِقُّ النفقةَ بتسلِيمِ[4]

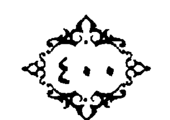
﴿فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ﴾ [البقرة:٢٢٩]. وقيل: إباحة اللَّه الزواج، وإذنه فيه. وقيل: هي العقود».

(١) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٣): «نَشَزَت المرأة بالنون، والشين المعجمة، والزاي المعجمة، على زوجها: إذا عصته، وخرجت عن طاعته».

(٢) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٣): «مُبَرِّح بضم الميم، وفتح الموحدة، وكسر الراء المهملة مشددة، وآخره حاء مهملة: أي شديد شاق».

(٣) أخرجه أحمد (٢٠٦٩٥)، وأبو داود (٢١٤٥) مطولاً ومختصرًا. وقال الهيثمي في «مجمع الزوائد» (٣/ ٢٦٦): «وأبو حُرَّة الرقاشي وثَّقه أبو داود وضعَّفه ابن معين. وفيه علي بن زيد، وفيه كلام». وتقدَّم ذكر النفقة في حديث جابر الطويل في الحج عند مسلم (١٢١٨)، وأبي داود (١٩٠٥)، وابن ماجه (٣٠٧٤).

(٤) في (ع): «بتسليمها».



نفْسِها في بيتِ الزوجِ، وهذا موجودٌ في[1] الكافِرةِ.

وأما قولُه: إذا سلَّمت نفْسها في منزِله. فصحيحٌ، وتسليمُها نفْسَها شرْطٌ في وجوبِ النفقةِ، ولا خلافَ في ذلك، وإنما الخلافُ في معْنى ذلك[2]؛ فقال أصحابُنا: إن النفقةَ تَجِبُ للزوجةِ على وجْهِ الصلةِ، ولا تَجِبُ عِوَضًا عن شيءٍ[3].

وقال الشافعيُّ: إنها تَجِبُ على وجْهِ العِوَضِ[4].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنَّه لا يَخْلُو إما أن يكون عِوَضًا عن البُضْعِ أو عن الاستباحةِ، ولا يَجوزُ أن يَجِبَ عن البُضْعِ عِوَضًا لأن المهْرَ وجَب بدَلًا عنه، ولا يَجوزُ أن يَجِبَ بحكْمِ عقدٍ واحدٍ عن مُبْدَلٍ واحدٍ بدلانِ، ولا يَجوزُ أن يكونَ عِوَضًا عن الاستمتاعِ؛ لأن الاستمتاعَ تصرُّفٌ فيما ملَكه بالعقدِ، فلا يَجِبُ عنه عِوَضٌ غير ما وجَب بالعقدِ، كاستيفاءِ المنافعِ في الإجارةِ.

فإن قيل: لو لم تكن بدلًا عن الاستمتاعِ لم تَسقُطْ بتعذُّرِه.

قيل له: لا نُسلِّمُ؛ لأنها تَجِبُ عندَنا للزوجةِ المريضةِ مع تعذُّرِه.

---

(١) بعده في (س): «حق».

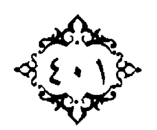
(٢) في (أ، أ٢، ح، غ): «الملك».

وقال في حاشية (ح): «قال ابن الهمام: وقول أبي نصر الأقطع: إن تسليمها نفسها شرط بالإجماع منظور فيه».

وهذا الذي ذكر عن ابن الهمام من النظر في حكاية الإجماع لعلَّه الأليق، وإلا فإنه قد حُكِي الخلاف عن الشافعية والحنابلة: هل تجب النفقة بالعقد أو بالتمكين، والمعتمد عندهما وجوبها بالتمكين. ينظر: «المهذب» (٣/ ١٥٥)، و«المغني» (٨/ ٢٠٨).

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٦)، و«العناية» (٤/ ٣٩٣)، و«البناية» (٥/ ٦٧٥).

(٤) ينظر: «الحاوي» (١١/ ٤٢٣)، و«المهذب» (٣/ ١٤٨)، و«التهذيب» (٦/ ٣٣٥).



فإن قيل: لو كانتْ صِلةً لم تُحْبَسْ لأَجْلِها.

قيل له: نفقةُ ذَوِي الأرحامِ تَجِبُ على وجْهِ الصلةِ، وإن امْتَنَع منها[1] حُبِسَ.

قال: يُعْتبَرُ ذلك بحالِهما جميعًا، مُوسِرًا كان الزوجُ أو مُعْسِرًا[2].

وهذا الذي ذكَره قد فسَّره الخصَّافُ[3] فقال: تَجِبُ على الزوجِ الموسِرِ للمرأةِ الموسِرةِ نفقةُ اليَسارِ، وتَجِبُ على المعْسِرِ للمرأةِ المعسِرةِ نفقةُ الإعسارِ، ويَجِبُ على الموسِرِ للمرأةِ المعسِرةِ أَدْنَى مِن نفقةِ الموسراتِ وأَوْسعُ مِن نفقةِ المعْسِرِينَ[4].

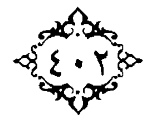
---

(١) في (ح): «بها».

(٢) قال في حاشية (ش): «قوله: يعتبر ذلك بحالهما جميعًا. وهذا اختيار الجصاص، وعليه الفتوى، وتفسيره: أنهما إن كانا موسرين تجب نفقة الموسرات، وإن كانا معسرين تجب نفقة المعسرات، وإن كانت معسرة والزوج موسرًا فنفقتها دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات، وإن كان على العكس فعليه بقدر الإمكان والباقي دين في ذمته. وقال الكرخي: وهو قول الشافعي رَحِمَهُ ٱللَّهُ، يعتبر حال الزوج دون المرأة لقوله تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ﴾».

(٣) هو أبو بكر أحمد بن عمرو الخصاف، الإمام العلم الكبير صاحب التصانيف والتي منها: الشروط، وأحكام الوقف، وآداب القضاة، والرضاع، والنفقات، والحيل، والمحاضر والسجلات، وذرع الكعبة والمسجد الحرام، وكان زاهدًا ورعًا فاضلًا فارضًا حاسبًا عارفًا بمذهب أصحابه، يأكل من كسب يده، مقدمًا عند المهتدي بالله وصنف له كتاب الخراج، مات ببغداد سنة (٢٦١هـ). قال شمس الأئمة الحلواني: الخصاف رجل كبير في العلم وهو ممن يصح الإقتداء به. ينظر: «طبقات الفقهاء» (ص١١٤)، و«الوافي بالوفيات» (٧/ ٢٦٦)، و«سير أعلام النبلاء» (١٣/ ١٢٣)، و«أخبار أبي حنيفة وأصحابه» (ص١٦٤)، و«الجواهر المضية» (١/ ٨٨)، و«الطبقات السنية» (ص١٢٣).

(٤) ينظر: «المبسوط» (٥/ ١٨٢)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٢٤).



وذكَر الشيخُ أبو الحسنِ ما يدُلُّ على أن الاعتبارَ بحالِ الزوجِ وحدَه[1]. وهو قولُ الشافعيِّ[2].

وجْهُ ما ذكَره الخصَّافُ: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهندٍ: «خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بالمَعْرُوفِ»[3].

فاعْتبَر حالَها[4]؛ ولأن المقصودَ بالنفقةِ الكفايةُ، والفقيرةُ لا تَحتاجُ إلى كفايةِ الموسِراتِ، بَلْ تكْتَفِي بما دُونَ ذلك، فلا مَعْنَى للزيادةِ.

وجْهُ ما ذكَره أبو الحسنِ: قولُه تعالى: ﴿لِيُنفِقْ ذُو سَعَةٍ مِّن سَعَتِهِۦ وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ فاعْتبَر حالَ الزوجِ في اليسارِ والإعسارِ.

والجوابُ: أن الآيةَ تدُلُّ على[5] أنَّه يُنْفِقُ مِن سَعَتِه، وليس فيه أنَّه يُنْفِقَ أكثرَ النفقاتِ، وقولُه تعالى: ﴿فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُ﴾ [الطلاق: ٧]. يدُلُّ على أنَّه يُنْفِقُ بقَدْرِ الإعسارِ، وكذلك نقولُ إنَّه لا يَلْزَمُه مع الإعسارِ أنْ يُنْفِقَ إلَّا الأقلَّ، والزيادةُ تَثْبُتُ في ذِمَّتِه ولا يُؤَدِّيها مع العَجْزِ.

وقد قال أصحابُنا: إن النفقةَ غيرُ مُقَدَّرةٍ[6]. وقال الشافعيُّ: على الموسِرِ

---

(١) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٤)، و«الهداية» (٢/ ٢٨٥).

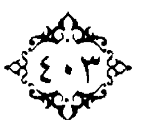
(٢) ينظر: «الأم» (٥/ ٩٥)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٣٦)، و«الحاوي» (١١/ ٤٢٣)، و«المهذب» (٣/ ١٥٠)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٤٠).

(٣) أخرجه البخاري (٢٢١١)، مسلم (١٧١٤/ ٧) عن عائشة.

(٤) في (ي): «حالهما».

(٥) من (أ٢، ح، ر، غ، ي).

(٦) ينظر: «التجريد» (١٠/ ٥٣٨٢)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٢٣).



مُدَّانِ، وعلى المعْسِرِ مُدٌّ، وعلى المتوسِّطِ مُدٌّ ونصفٌ[1].

لنا: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهندٍ: «خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بالمعْرُوفِ». فردَّ ذلك إلى اجتهادِها، ولو كانتْ مقدَّرةً لبيَّنَ مِقْدارَها، وأيضًا فإنَّه عَلَيْهِ السَّلَامُ سوَّى بينَها[2] وبينَ نفقةِ ولدِها في الكفايةِ، وأَجْمَعْنا أن نفقةَ الولدِ غيرُ مُقدَّرةٍ كذلك نفقتُها؛ ولأن الواجبَ للمرأةِ[3] النفقةُ والكسوةُ، ثُمَّ[4] كانت الكسوةُ غيرَ مُقَدَّرةٍ كذلك النفقةُ.

فإن قيل: النفقةُ تَجْرِي مَجْرَى المُعاوَضةِ بدليلِ أنها تَجِبُ في مقابلةِ التسليمِ، فوجَب أن تتقدَّرَ كالأُجْرَةِ والثمنِ.

قيل له: ليس[5] إذا وجبتْ عند التسليمِ كانتْ بدلًا عنه، ألَا تَرى أن نفقةَ ذَوِي الأرحامِ تَجِبُ عندَ وجودِ الفقرِ وليستْ عِوَضًا عن الفقرِ، ولأن الأُجرةَ والثمنَ لا يَتقدَّرُ[6] شرْعًا وإنما يتقدَّرُ بالتراضِي، كذلك النفقةُ لا تتقدَّرُ شرعًا، بل تتقدَّرُ بالتراضِي أو بالقضاءِ.

قال: فإن امتنعتْ مِن تسليمِ نفْسِها حتى يُعْطِيَها مهرَها فلها النفقةُ.

وذلك لأن حبْسَها نفْسَها حتى تَقْبِضَ المهْرَ حقٌّ لها، والنفقةُ حقٌّ لها، والمطالَبةُ

(١) ينظر: «الحاوي» (١١/ ٤٢٧)، و«المهذب» (٣/ ١٥٠)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٤٠).

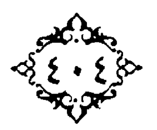
(٢) في (أ، أ٢، س، ظ، ع، غ، ل): «بينهما».

(٣) في (ي): «للزوجة».

(٤) في (أ٢): «فإن»، وفي (ح): «فإذا».

(٥) بعده في (ي): «يجب أنها».

(٦) في (ي): «يتقدران».



بأحَدِ الحقَّيْنِ لا يُسْقِطُ الحقَّ[1] الآخَرَ، ولأنها فعلتْ ما جُعِلَ لها، فلو أَسْقَطْنا النفقةَ لأَجْلِه أَضْرَرْنا بها، والضررُ يَجِبُ إلحاقُه بالزوجِ الذي امْتَنَعَ مِن أداءِ حقِّها.

قال: وإن نَشَزَتْ فلا نفقةَ لها حتى تَعُودَ إلى منزِلِه.

وذلك لما بَيَّنَّا أن النفقةَ تَجِبُ [2]بشرطِ التسليمِ[2]، فإذا وُجِد الامتناعُ بسببٍ مِن جهتِها سقطَتِ النفقةُ، وقد دلَّ على ذلك أيضًا ما رُوِي: «أن فاطمةَ بنتَ قيسٍ لمَّا طلَّقها زوجُها استطَالَتْ على أحمائِها[3] بلسانِها، فأَمَرها النبيُّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بالانتقالِ إلى بيتِ ابنِ أُمِّ مكتومٍ تعتَدُّ فيه لِسُوءِ خُلُقِها، وأَسْقَط نفقتَها»[4].

فدَلَّ ذلك على أن سببَ النُّقْلَةِ متى كان[5] مِن جهتِها سقَطتْ[6] نفقتُها، فإذا عادَتْ إلى منزلِ الزوجِ عادَتْ نفقتُها؛ لأن المعْنى المُسْقِطَ لها زالَ.

قال: وإن كانت صغيرةً لا يُسْتَمْتَعُ بها فلا نفقةَ لها، وإن سُلِّمَتْ[7] إليه.

---

(١) من (أ٢، ح، غ). (٢-٢) في (أ٢، ح): «بالشرط وهو تسليمها نفسها».

(٣) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٣): «الأحماء بالمهملة: أقارب الزوج».

(٤) أخرجه الشافعي (ص ٣٠٢)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ٦٩) عن عمرو بن ميمون، عن أبيه قلت لسعيد بن المسيب: «أين تعتد المطلقة ثلاثًا؟ فقال: في بيتها، فقلت له: أليس قد أمر رسول اللّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فاطمة بنت قيس أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم؟ فقال: تلك المرأة فتنت الناس، واستطالت على أحمائها بلسانها، فأمرها رسول اللّه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أن تعتد في بيت ابن أم مكتوم، وكان رجلًا مكفوف البصر».

(٥) في (أ٢، غ): «جاءت»، وفي (ح): «جاء»، وفي (ر): «كانت».

(٦) في (غ): «أسقطت».

(٧) بعده في (س): «نفسها».



وقال الشافعيُّ في أَحَدِ قَوْلَيْهِ: لها النفقةُ[1].

لنا: أنها غيرُ مُسلِّمةٍ نفْسَها في بيتِ الزوجِ، وإنما تُسلَّمُ وتُنْقَلُ[2]، فهي بمنزلةِ الكبيرةِ الناشزةِ إذا حُمِلتْ مُكْرَهةً إلى بيتِ الزوجِ أنها لا تَسْتَحِقُّ النفقةَ.

فإن قيل: الصِّغَرُ معْنًى مِن جهةِ اللَّهِ تعالى لا صُنْعَ للزوجةِ فيه، فلم يَمْنَعْ[3] صحةَ التسليمِ، ووجوبَ النفقةِ كالمرَضِ والرَّتَقِ.

قيل له: المريضةُ مسلِّمةٌ نفْسَها تسليمًا صحيحًا، والاستمتاعُ بها يُمْكِنُ[4] بغيرِ الجماعِ، والصغيرةُ تسلِيمُها ليس بصحيحٍ والاستمتاعُ غيرُ موجودٍ، يُبيِّنُ صحةَ ذلك أن للزوجِ أن يُطالِبَ المريضةَ بتسليمِ نفْسِها، فدَلَّ أن التسليمَ صحيحٌ، وليس له أن يُطالِبَ بتسليمِ الصغيرةِ.

قال: وإن كان الزوجُ صغيرًا لا يَقْدِرُ على الوَطْءِ والمرأةُ كبيرةً فلها النفقةُ مِن[5] مالِه.

وقال الشافعيُّ في أحدِ قَوْلَيْهِ: لا نفقةَ لها[6].

---

(١) هذا القول القديم، والجديد المعتمد أنه لا نفقة لها. ينظر: «الحاوي» (٩/ ٥٣٤)، و«المهذب» (٣/ ١٤٨)، و«بحر المذهب» (٩/ ٥٠٩)، و«كفاية النبيه» (١٥/ ١٩٠).

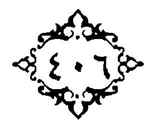
(٢) في (أ٢، غ): «تنتقل»، وبعده في (ي): «إليه».

(٣) بعده في (أ٢، ح، غ): «من».

(٤) في (أ٢، ح، س، ي): «ممكن».

(٥) في (ي): «في».

(٦) المعتمد أن لها النفقة. ينظر: «الحاوي» (٩/ ٥٣٤)، و«بحر المذهب» (١١/ ٤٦١)، و«كفاية النبيه» (١٥/ ١٩١)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٢٥٩).



لنا: أنها مُسلِّمةٌ لنفسِها، وإنما العَجْزُ لِمَعْنًى في[1] الزوجِ فلا يُسقِطُ[2] نفقتَها، كما لو كان مجبُوبًا أو عِنِّينًا.

فإن قيل: إنها دخَلتْ في العقدِ مع عِلْمِها بعَجْزِه[3] عن التسليمِ في الحالِ، فكان ذلك رِضًا بتَرْكِ نفقتِها.

قيل له: هذا يَبْطُلُ به[4] إذا تزوَّجَتْه وهي تَعْلَمُ أنَّه مجبوبٌ فسلَّمتْ نفْسَها فلها النفقةُ، نَصَّ الشافعيُّ عليه[5].

قال: وإذا طلَّق الرجلُ امرأتَه فلها النفقةُ والسُّكْنى[6] في عِدَّتِها؛ رَجْعِيًّا كان الطلاقُ أو بائنًا.

وقال الشافعيُّ: لا يَجِبُ[7] للمبتوتةِ إذا كانت حائِلًا النفقةُ، ولها السُّكْنى[8].

أما وجوبُ ذلك للمطلَّقةِ الرجعيةِ فلأنها زوجةٌ يَحِلُّ وَطْؤُها، وهي محبوسةٌ عن الأزواجِ في منزلِ زوجِها، فأَشْبَهَتْ مَن لم يَقَعْ عليها الطلاقُ.

وأما وجوبُ النفقةِ للمبتوتةِ، فلِما رُوِي عن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «أنَّه لمَّا سَمِع

(١) في (أ٢، ح، س، غ): «من».

(٢) في (أ٢، ي): «تسقط».

(٣) في (ي): «بالعجز».

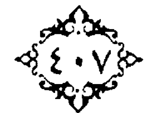
(٤) ليس في (ظ)، وفي (أ٢، ض، غ، ي): «بما».

(٥) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٠٥)، و«الحاوي» (٩/ ٥٣٣)، و«بحر المذهب» (٩/ ٥٠٩).

(٦) بعده في (أ٢، ح، غ): «ما دامت».

(٧) في (أ، ش، ي): «تجب».

(٨) ينظر: «الأم» (٥/ ٢٥٤)، و«الحاوي» (١١/ ٢٤٦)، و«بحر المذهب» (١١/ ٤٨٢).



حديثَ فاطمةَ بنتِ قيسٍ قال: لا نَدَعُ كتابَ رَبِّنا[1] وسنةَ نَبِيِّنا بقولِ امرأةٍ؛ لعلَّها نَسِيَتْ أو شُبِّه لها، سَمِعْتُ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ يقولُ: «لَهَا النَّفَقَةُ وَالسُّكْنَى»[2].

ولأنها محبوسةٌ عن الأزواجِ في منزلِ الزوجِ لحقِّه فاستحقَّتِ النفقةَ كالرجعيةِ.

فإن قيل: رُوِي عن فاطمةَ بنت قيسٍ: «أن زوجَها لمَّا طلَّقها ثلاثًا، وهو غائبٌ بالشامِ، قال لها النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَيْسَ لَكِ نَفَقَةٌ». وأَمَرها أن تعتَدَّ في بيتِ ابن أُمِّ مكتومٍ»[3].

قيل له: هذا قد أنكَره عمرُ بنُ الخطابِ على ما رُوِّيناه، وقالتْ عائشةُ: «لا خيرَ لفاطمةَ في روايةِ هذا الحديثِ»[4]. وكان زوجُها أسامةُ بنُ زيدٍ إذا سَمِعها تَرْوِي هذا الحديثَ رماها بكلِّ شيءٍ في يدِه[5].

فإذا أنكَر السلَفُ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ هذا الخبرَ لم يُرْجَعْ[6] إليه، وقد رُوِي: «أنها استَطالَتْ على أحمائِها بلسانِها، فنَقَلها النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ وأَسْقَط نفقتَها لخروجِها عن منزلِ الزوجِ»، يُبيِّنُ ذلك أنَّه أَسْقَط السُّكْنى أيضًا، وقد اتفَقْنا على وجوبِه[7]، فالمعْنى الذي أَوْجَب سقوطَ السُّكْنى عندَ المخالِفِ هو الذي أَوْجَب سقوطَ النفقةِ عندَنا.

(١) في (ي): «اللَّه»، وهو الموافق لما في مصدر التخريج.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٨٠/ ٤٦).

(٣) أخرجه مسلم (١٤٨٠/ ٤٨).

(٤) أخرجه مسلم (١٤٨١/ ٥٤).

(٥) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٢٩٤)، و«التجريد» (١٠/ ٥٣٩٩).

(٦) في (غ، ي): «نرجع».

(٧) في (ح، ش، ض، ظ، ي): «وجوبها».

فإن قيل: لمَّا زالتِ الزوجيةُ زالتِ النفقةُ، أصلُه المتوفى عنها.

قيل له: المتوفَّى عنها لا يَجِبُ لها النفقةُ مع وجودِ الحمْلِ فلا يَجِبُ مع عدمِه[1]، وفي[2] مسألتِنا يَجِبُ لها النفقةُ إذا كانتْ حاملًا، كذلك مع عدمِ الحمْلِ.

قال: ولا نفقةَ للمتوفَّى عنها زوجُها.

لقولِه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ يُتَوَفَّوۡنَ مِنكُمۡ وَيَذَرُونَ أَزۡوَٰجٗا يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ أَرۡبَعَةَ أَشۡهُرٖ وَعَشۡرٗاۖ﴾ [البقرة: ٢٣٤]. فجعل نفقتها على نفسها.

وقد اختلَفَ السلَفُ فيها[3] إذا كانت حامِلًا؛ فقال بعضُهم: نفقتُها مِن جميعِ المالِ. وقال بعضُهم: لا نفقةَ لها في[4] مالِ الزوجِ، والقياسُ يدُلُّ على هذا القولِ؛ لأنهم اتفقوا أن غيرَ الحامِلِ لا نفقةَ لها، كذلك الحامِلُ، ولأن النفقةَ تَجِبُ حالًا فحالًا، وقد زال مِلْكُ الميتِ، فلا يَجوزُ إيجابُها في مِلْكِ الغيرِ.

قال: وكلُّ فُرقَةٍ جاءتْ مِن قِبَلِ المرأةِ بمعصيةٍ فلا نفقةَ لها.

وهذا صحيحٌ لأنها منَعتْ نفْسَها مِن زوجِها بمعصيةٍ فسقَطتْ نفقتُها كالناشزةِ.

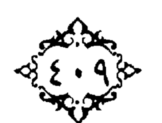
---

(١) قال في حاشية (ح): «النفقة تجب للحامل لا للولد بدليل أنها لا تجب في مال الولد، وإن كان له مالٌ بأن أوصى له به وأنه لا يتعدد بتعدد الولد وأنها إذا كانت أمةً فنفقتها على زوجها ونفقة الولد تكون على مولاه، كما هو بعد الانفصال، وأن المنكوحة إذا حبلت لا تضاعف نفقتها، ولو كان الحمل يستحق النفقة لتضاعفت نفقة المنكوحة إذا حبلت. حواشي الهداية».

(٢) في (أ٢، ح، غ): «بخلاف».

(٣) في (ح): «فيما».

(٤) في (أ٢، ح، غ): «من».



قال: وإنْ طلَّقها، ثُمَّ ارتدَّتْ سقَطتْ نفقتُها.

وذلك لأن حقَّ الزوجِ مِن[1] الرجعةِ والعِدَّةِ سقَط بمعصيةٍ مِن جهتِها، فسقَطتْ نفقتُها كما لو ارتدَّتْ قبْلَ الطلاقِ.

قال: وإن مكَّنَتِ ابنَ زوجِها مِن نفْسِها [2]فلا نفقةَ لها[2].

وهذا لِما بيَّنَّا أن الفُرقةَ متى جاءَتْ بمعصيةٍ مِن جهتِها سقَطتْ نفقتُها، وقد قال أصحابُنا: إذا جاءتِ الفُرقةُ مِن جهتِها بغيرِ معصيةٍ فلها النفقةُ، مثلُ الفُرقةِ التي تَقَعُ بخيارِ البلوغِ؛ لأنها منَعتْ نفْسَها بحقٍّ فلا تسقُطُ نفقتُها، كما لو منَعتْ نفْسَها لِتَقْبِضَ[3] مهرَها[4].

قال: وإذا حُبستِ المرأةُ في دَيْنٍ، أو غصَبها رجلٌ كَرْهًا فذهَب بها، أو حجَّتْ مع مَحْرَمٍ فلا نفقةَ لها.

أما حبْسُها في الدَّيْنِ وغَصْبُها فهو مَنْعٌ مِن جهةِ الآدَمِيِّ للزوجِ بغيرِ حقٍّ فصار كالمنْعِ بفِعْلِها.

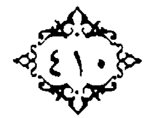
---

(١) في (ي): «في».

(٢-٢) في (ح): «بعد الطلاق فلها النفقة وقبل الطلاق فلا نفقة لها»، وفي (س): «فلها النفقة لأن الفرقة لم تقع به فكان لها النفقة وإن كان قبل الطلاق فلا نفقة لها». وفي (نسخة مختصر القدوري): «إن كان بعد الطلاق فلها النفقة، وإن كان قبل الطلاق فلا نفقة لها»، وينظر: «اللباب في شرح الكتاب» (٣/ ٩٤).

(٣) في (ح، ظ): «لقبض».

(٤) ينظر: «المبسوط» (٥/ ٢٠٥)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٦١)، و«البحر الرائق» (٤/ ٢١٧).



وقد رُوِي عن أبي يوسفَ في موضعٍ آخرَ، أنَّه قال: إذا كانتْ محبوسةً قبْلَ أن يَنْقُلَها، فإن كانتْ تَقْدِرُ على أن تُخَلِّيَ بينَه وبينَ نفْسِها فلها النفقةُ؛ لأنَّه مُتمكِّنٌ مِن الاستمتاعِ بها، والمنْعُ مِن[1] تسليمِها في بيتِه ليس مِن جهتِها فلا يُسْقِطُ حقَّها، وهذا [2]يُخالِفُ الأوَّلَ[2].

وأما إذا حجَّتْ مع مَحْرَمٍ؛ فإن كان قبْلَ النُّقْلَةِ فلا نفقةَ لها في قولِهم؛ لأن التسليمَ امْتَنَع بفِعْلِها، فإن انتقَلَتْ إلى بيتِه، ثُمَّ حجَّتْ مع مَحْرَمٍ قال أبو يوسفَ: لها النفقةُ. وقال محمدٌ: لا نفقةَ لها[3].

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن التسليمَ قد وُجِد، وإنما امْتَنَع مِن الاستمتاعِ بعْدَ ذلك لأداءِ عبادةٍ فلا تَسقُطُ النفقةُ كصومِ رمضانَ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أنها مانِعةٌ لنفسِها بفِعْلِها فصارتْ كالناشزةِ.

---

(١) في (أ٢، س): «في».

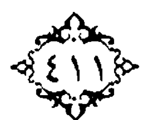
(٢-٢) في (أ٢، ح، غ): «خلاف الأول»، وفي (س): «مخالف للأول»، وفي (ش، ض): «بخلاف الأول»، وفي (ي): «بخلاف الأولى».

وقال في حاشية (ح): «وذكر صاحب «الهداية» فيها: أن لها النفقة عند أبي يوسف، ولم يقيده بدخولها، وهو الأمثل؛ إذ هي كما لا تكون ناشزة إذا كانت مؤدية فرضًا عليها بعد الدخول لا تكون ناشزة إذا كانت مؤدية فرضًا عليها قبل الدخول. «ملتقى البحار» للزوزني».

ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠)، و«المحيط البرهاني» (٣/ ٥٢١)، و«البحر الرائق» (٤/ ١٩٧).

(٣) قال في حاشية (ح): «ولو حجت مع زوجها لم تسقط نفقتها بالإجماع، لبقاء الاحتباس الموجب لنفقة الحضر، ولا يجب عليه الكراء؛ لأنها(نفقة) هي المستحقة عليه دونه (دون الكراء). شرح مجمع».

ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٠)، و«البحر الرائق» (٤/ ١٩٧).



وإذا ثبت أن لها النفقة (1قال: يُفْرَضُ لها1) نفقةُ الإقامةِ(2)؛ لأن الزوجَ لا يَلْزَمُه إلا نفقةُ الإقامةِ، وما تَحتاجُ إليه مِن زيادةِ النفقةِ فإنما هو لأَجْلِ فرْضٍ يختَصُّ بها، فتكونُ الزيادةُ عليها دُون الزوجِ.

قال: وإن مَرِضَتْ في منزلِ الزوجِ فلها النفقةُ.

وذلك لأن التسليمَ قد وُجِد، والمنْعَ مِن الاستمتاعِ حصَل بغيرِ فِعْلِ آدَمِيٍّ فلا يُسقِطُ(3) نفقتَها كما لو حاضَتْ.

وقد ذكَر أبو يوسفَ: أنها إذا كانت مريضةً قَبْلَ الانتقالِ إليه مرضًا لا يَستَطِيعُ أن يَصِلَ إليها وبذَلَتِ الانتقالَ إليه فلها النفقةُ؛ لأنها سلَّمتْ نفْسَها وهناك عارِضٌ يَمْنَعُ الاستمتاعَ (4فصارتْ كالحائضِ4).

قال: ويُفْرَضُ على الزوجِ إذا كان مُوسِرًا نفقةُ خادِمِها.

وذلك لأن إصلاحَ طعامِ الزوجةِ(5)، وما تَحتاجُ إليه على الزوجِ، فإذا جرَتِ العادةُ أن لا تَتولَّى الزوجةُ ذلك بنفْسِها وأن يتولَّاه خادِمُها كان على الزوجِ نفقةُ الخادِمِ.

وقد قالوا: إن الزوجَ الموسِرَ يَلْزَمُه مِن نفقةِ الخادمِ ما يَلْزَمُ المعْسِرَ مِن نفقةِ

(1-1) في (ل): «قال لها»، وفي (ظ): «فلا يفرض لها إلا»، وفي (ي): «فلا يفرض إلا».

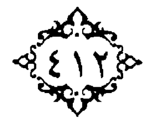
(2) قال في حاشية (ح): «فيعطيها نفقة شهر والباقي إذا رجعت. زوزني».

(3) في (ش، ي): «تسقط».

(4-4) في (ض، ظ): «فصار كالحائض»، وفي (ي): «فصار كالحيض».

وينظر: «بدائع الصنائع» (4/ 20)، و«المحيط البرهاني» (3/ 521).

(5) في (ع): «الزوجية».



امرأتِه، وهو أَدْنَى الكفايةِ؛ وذلك لأن الخادِمَ وإن كانت مولاتُه موسِرةً[1] فإنَّه لا يَتَّسِعُ في كفايتِه بذلك[2].

قال: ولا يُفْرَضُ لأكثرَ مِن خادِمٍ واحدٍ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ، ومحمدٍ، وقال أبو يوسفَ: إذا كان لها[3] خادِمانِ فإنه[4] يُفْرَضُ[5] لهما[6].

وجْهُ قولِهما: أن الزوجَ لو أقام[7] بخدمتِها بنفْسِه لم يَلْزَمْه نفقةُ خادمٍ، فإذا أقام غيرَه مقامَ نفسِه لم يَلْزَمْه أن يُقِيمَ أكثرَ مِن واحدٍ مثلِه.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن المرأةَ قد تَحتاجُ إلى خادِمَيْنِ؛ أحدُهما[8] يَخْدِمها[9] في منزلِها، والآخَرُ[10] يَترَدَّدُ[11] إلى الزوجِ [12]بطلَبِ النفقةِ[12]، ويَشْتَرِي[13]

(١) في (أ٢، ح، غ): «معسرة».

(٢) ينظر: «المبسوط» (٥/ ١٨١)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٢٤).

(٣) في (أ، ض، ظ، ع، ل): «له».

(٤) من (أ٢، ح، ش، غ).

(٥) في (أ، ر، س، ع، غ، ل، ي): «فرض».

(٦) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٤)، و«العناية» (٤/ ٣٨٨)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٥٤).

(٧) في (ر، ض، ظ، ي): «قام».

(٨) في (ح): «إحداهما».

(٩) في (ح): «تخدمها».

(١٠) في (ح): «الأخرى».

(١١) في (ح): «تتردد».

(١٢) في (ي): «ويطالب بالنفقة».

(١٣) في (ح): «تشتري».



ما يَحتاجُ إليه، وما زاد على ذلك لا حاجةَ بها إليه، فلم يُلْزَمْ[1] نفقتَه.

قال: وعليه أن يُسْكِنَها في دارٍ مُفْرَدَةٍ[2]، ليس فيها أحدٌ مِن أهلِه إلا أن تَختارَ ذلك، وإن كان له ولدٌ مِن غيرها فليس عليها[3] أن يُسْكِنَه معها[4].

وذلك لأن السكْنى حقٌّ للزوجةِ، فلا يَجوزُ للزوجِ أن يُشْرِكَ غيرَها معها فيه كالنفقةِ، ولأن الواجبَ على الزوجةِ الكونُ مع الزوجِ ولا يَلْزَمُها الكونُ مع غيرِه، فلا يَجوزُ إلزامُها ما لا يَجِبُ عليها، وهذا موجودٌ في ولدِه مِن غيرِها.

فأما إذا اختارتْ ذلك جاز؛ لأنها رَضِيتْ بدونِ حقِّها، وهي تَمْلِكُ ذلك فجاز.

قال: وللزوجِ أن يَمْنَعَ والِدَيْها[5] وولدَها مِن غيرِه وأهلَها[6] الدخولَ عليها.

وذلك لأن المنزلَ الذي فيه الزوجةُ له، فله مَنْعُ هؤلاءِ مِن دخولِه كسائرِ منازِلِه.

قال: ولا يَمْنَعُهم مِن النظرِ إليها وكلامِها أيَّ وقتٍ اخْتَارُوا[7].

وذلك لأن الزوجةَ مندوبةٌ إلى كلامِهم؛ لأن في تَرْكِه قطيعةَ الرَّحِمِ وهي مَنْهِيَّةٌ

---

(١) في (أ٢، س، غ): «يلزمه»، وفي (ح): «تلزمه»، وفي (ش): «تلزم»، ورسمت في (ض، ظ) هكذا: «يلزم».

(٢) في (ح): «منفردة»، وفي (ل): «مفرد».

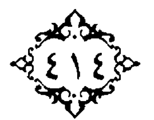
(٣) في (أ، ر، ظ، ع، ي): «عليه»، وفي (أ٢): «له».

(٤) قال في حاشية (ح): «ولو كان في الدار بيوت ففرغ لها بيتًا وجعل لبيتها غلقًا على حدةٍ، قالوا: إنه ليس لها أن تطالبه ببيت آخر. بدائع». ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٣).

(٥) في (أ، أ٢، ر، ع، غ): «والدتها».

(٦) بعده في (ي): «من».

(٧) في (أ٢، غ، ي): «شاؤوا»، وفي (ل): «اختارت».



عمَّا يُؤدِّي إلى ذلك، وإذا كانت مندوبةً إليه ولم يكن في فِعْلِه إسقاطُ حقِّ الزوجِ لم يكن له المنْعُ منه.

قال: ومَن أَعْسَر بنفقةِ امرأتِه[1] لم يُفرَّقْ بينَهما، ويُقالُ لها: اسْتَدِينِي عليه.

وقال الشافعيُّ: يُفرَّقُ بينَهما إن طلَبتِ[2] الفُرْقةَ، وكذلك إن أَفْلَس بالمهْرِ قَبْلَ الدخولِ[3].

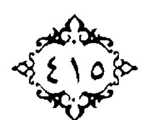
لنا: قولُه تعالى: ﴿وَمَن قُدِرَ عَلَيْهِ رِزْقُهُۥ فَلْيُنفِقْ مِمَّآ ءَاتَىٰهُ ٱللَّهُۚ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ﴾ [الطلاق: ٧]. ومَن لا يَقْدِرُ على النفقةِ لا يُكلَّفُ الإنفاقَ.

فإن قيل: لا نُكلِّفُه الإنفاقَ وإنما نُكلِّفُه الفِراقَ وهو يَقْدِرُ عليه.

قيل له: لا يَجوزُ أن يُكلَّفَ الفُرقةَ لعَجْزِه عن أَمْرٍ لا يَجِبُ[4] عليه؛ ولأنها نفقةٌ مقصودةٌ بعقدِ النكاحِ، فلا تَجِبُ الفُرقةُ للعَجْزِ عنها كنفقةِ اليَسارِ والنفقةِ الماضيةِ، ولأن الفُرقةَ لا يَجوزُ أن (٥تَجِبَ للنفقةِ٥) الماضيةِ؛ لأنها دَيْنٌ في الذِّمةِ، فلا يُفرَّقُ بينَهما لأَجْلِها كسائرِ الديونِ، ولا يَجوزُ أن تُسْتَحَقَّ الفُرقةُ للنفقةِ

---

(١) في (ح): «امرأة»، وفي (ض، ي): «زوجته».
(٢) بعده في (ي): «المرأة».
(٣) ينظر: «الأم» (٥/ ٩٨)، و«الحاوي» (٩/ ١٢)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٤٥٩)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٧٢).
وينظر مسألة الإعسار بالصداق: «الأم» (٥/ ٩٨)، و«الحاوي» (١١/ ٤٦٢)، و«بحر المذهب» (١١/ ٤٧٩).
(٤) في (ي): «يقدر».
(٥-٥) في (أ، س، ش، ع، ل، ي): «توجب النفقة»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «التجريد» (١٠/ ٥٣٨٨).



المستَقْبَلَةِ؛ لِأنها لم تَجِبْ، والتفريقُ لا يُسْتَحَقُّ لحقٍّ[1] لم يَجِبْ، ولا يَجوزُ أن يُفَرَّقَ لنفقةِ الحالِ؛ لأنها إما أن تكونَ في حكْمِ الماضيةِ أو المستَقْبَلَةِ.

فإن قيل: قد قُلتم إن الأبَ إذا امْتَنع مِن نفقةِ ابنِه مع القُدْرةِ حُبِس، فإن كان يُحْبَسُ لِما مضَى فالأبُ لا يُحبَسُ في ديونِ ابنِه، ولا يَجوزُ لِلْمُستَقْبَلِ؛ لأنه لم يَجِبْ، ونفقةُ الحالِ في حكْمِها[2].

قيل له: نحنُ نَحْبِسُه إذا كان قادرًا لِعَزْمِه على منْعِ الإنفاقِ مع القُدْرةِ، وهذه معصيةٌ يَستَحِقُّ بها الحبْسَ.

فإن قيل: قال اللَّهُ تعالى: ﴿فَإِمۡسَاكُۢ بِمَعۡرُوفٍ أَوۡ تَسۡرِيحُۢ بِإِحۡسَٰنٖ﴾[البقرة: ٢٢٩] فخيَّره بينَ أَمْرَيْنِ فإذا عجَز عن أحدِهما تَعَيَّن عليه الآخرُ، وهو التسريحُ.

قيل له: هذه الآيةُ نزَلتْ في المطلَّقةِ، فأَمْرُ اللَّهِ تعالى أن يُراجِعَها بمعروفٍ، وهو أن يُراجِعَها رغبةً فيها لِيستَدِيمَ نكاحَها، ومنَع مِن مراجعتِها وهو لا يرغَبُ فيها، ثُمَّ يَعودُ فيُطلِّقُها فتطولُ العِدَّةُ عليها، وهذا هو المرادُ بقولِه تعالى: ﴿وَلَا تُمۡسِكُوهُنَّ ضِرَارٗا لِّتَعۡتَدُواْۚ﴾[البقرة: ٢٣١]. أي: تراجِعُوهنَّ ولا رغبةَ لِتُطَوِّلُوا العِدَّةَ[3]، وتَمْنَعُوهنَّ[4] مِن الأزواجِ اعتداءً.

فإن قيل: ما لا يَعْرَى منه النكاحُ بحالٍ يَجوزُ أن يَمْلِكَ الفسخَ باعْوزازِه[5]، أَصلُه الوَطْءُ.

---

(١) في (أ، ح، ر، غ، ل): «بحق».

(٢) في (أ، ح، ر، س، ظ، ع): «حكمهما»، والمثبت من باقي النسخ موافق لما في «التجريد» (١٠/ ٥٣٨٩).

(٣) بعده في (س): «عليها»، وبعده في (ظ): «عليهن».

(٤) في (س): «تمنعوها».

(٥) في (ح، ض، ل): «بإعوازه»، وفي (س): «بإعوزاز».

قيل له: التفريقُ في العُنَّةِ لا يثبُتُ حتى يَقَعَ الإياسُ مِن الوَطْءِ، وتعذُّرُ النفقةِ لا يَقَعُ به الإياسُ منها أبدًا فافْتَرَقا، ولم تَقَعْ بتعذُّرِ النفقةِ الفُرقةُ، وإذا ثبَت أنَّه لا يُفَرَّقُ بينَهما وجَب أن يتوصَّلَ إلى إيفاءِ حقِّها بالإذْنِ لها بالاستدانةِ عليه.

فإن قيل: لا فائدةَ في الإذْنِ لها بعْدَ فَرْضِ القاضِي بالنفقةِ لها؛ لأنها قد صارتْ دَينًا بفَرْضِه.

قيل له: فائدةُ الإذْنِ أن تُحِيلَ الغريمَ على الزوجِ فيُطالِبَه بالدَّيْنِ، وإن لم يَرْضَ بذلك، ومتى استدانَتْ مِن غيرِ إذْنٍ كانت المطالبةُ عليها خاصةً.

قال: وإذا غاب الزَّوجُ وله مالٌ في يدِ رجلٍ مُعْتَرِفٍ به وبالزوجيةِ، فَرَض القاضِي في ذلك المالِ نفقةَ زوجةِ الغائبِ، وأولادِه الصِّغارِ، ووالِدَيْه، وأولادِه الكِبارِ الزَّمْنَى[1]، والإناثِ.

وقال زفرُ: لا يُفْرَضُ فيه شَيءٌ[2].

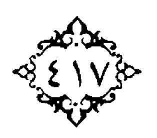
وجهُ قولِ أصحابِنا: أن الذي في يدِه المالُ إذا أقرَّ به للغائبِ وبالزوجيةِ، فقد أقرَّ بثبوتِ حقِّها فيه فيَقْضِي[3] القاضِي بذلك الحقِّ عليه باعْتِرافِه على نفْسِه؛ لأن كلَّ مَن في يدِه شيءٌ فالظاهِرُ أنَّه له، فيَقَعُ القضاءُ على المودَعِ، ثُمَّ يثبُتُ في حقِّ[4] الغائبِ مِن طريقِ الحكْمِ.

(١) الزَّمِن: هو مستدام البلاء، وجمع الزمن الزَّمْنَى على وزن فَعْلى، وعلى هذا الوزن سائر أصحاب الآفات كالمرضى، والصرْعى، والجَرحى، والقتلى، والأسرى، والهلكى، والصعقى. «طلبة الطلبة» (ص٥٠).

(٢) في (ح): «شيئًا». ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٧)، و«البناية» (٥/ ٦٨٣).

(٣) في (أ٢، ح، غ، ل): «فيفرض».

(٤) بعده في (ي): «الزوج».



وإنما اعْتَبَرْنا إقرارَه بالمالِ والزوجيةِ؛ لأنَّه إنْ جحَد الزوجيةَ لم يُمْكِنْها إقامةُ البينةِ على إثباتِها؛ لأن المودَعَ ليس بخصمٍ في الزوجيةِ فلا تُسْمَعُ البينةُ عليه، وإن جحَد المالَ والوديعةَ لم يُمْكِنْها أيضًا إقامةُ البينةِ على ذلك؛ لأنها ليستْ بخَصْمٍ في إثباتِ حقوقِ زوجِها، فلم يَكُنْ بُدٌّ مِن اعْتِرافِه بهما لِيَصِحَّ الحكْمُ باعْتِرافِه.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن المودَع ليس بخصمٍ عن الغائبِ، فالقضاءُ بالنفقةِ فيما في يدِه قضاءٌ على الغائبِ مِن غيرِ خصمٍ، وذلك لا يَصِحُّ.

وإذا ثبَت أنَّه يَقْضِي بنفقةِ الزوجةِ[1] **في هذا المالِ قُلْنا: ويَقْضِي بنفقةِ أولادِه الصغارِ ونفقةِ والِدَيه**[2]؛ لأنها أُجْرِيتْ مُجْرَى نفقةِ الزوجةِ، بدليلِ أنها تَجِبُ مع الفقرِ كما تَجِبُ نفقةُ الزوجةِ مع الفقرِ.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ؛ إذا كانت الوديعةُ دراهمَ، أو دنانيرَ، أو مكيلًا، أو موزُونًا[3]، فإن كان غيرَ ذلك لم يَقْضِ فيه بشيءٍ؛ لأنَّه لا يُمْكِنُ إيجابُ النفقةِ فيه إلا بالبيعِ، ألا تَرى أن النفقةَ إنما تكونُ في الأثمانِ، وذلك لا يوجَدُ في العُرُوضِ إلا بعْدَ بيعِها، وبيعُ عروضِ الغائبِ في النفقةِ لا يَجوزُ.

فإن كانت الوديعةُ طعامًا قضَى فيها بالنفقةِ؛ لأنها جنسُ[4] المستَحَقِّ.

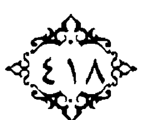
---

(١) في (س): «الزوجية».

(٢) في (ع): «والدته».

(٣) ليس في (أ، ر، س، ش، ض، ع).

(٤) رسمت بغير نقط في (ض، ظ)، وفي (ل): «حبس».



وإن كانت ثيابًا مِن جنسِ ما يكْتَسي[1] مثلَها المرأةُ قضَى فيها بالكِسوةِ؛ لأنها جنسُ المستَحَقِّ.

وقد قالوا: إن القاضِيَ لا يَبِيعُ العُرُوضَ في النفقةِ في قولِهم؛ وذلك لأن البيعَ إنما يكونُ على وجْهِ الحَجْرِ، والحجْرُ عندَ أبي حنيفةَ على الحرِّ البالِغِ العاقِلِ لا يَجوزُ.

فأمَّا على قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ: فإن القاضِيَ يَبِيعُ على الحاضِرِ إذا امْتنع مِن[2] الحقِّ الذي عليه، والغائبُ لا يُعْلَمُ امْتِناعُه، فلا يَجوزُ بيعُ مالِه عليه[3].

قال: ويأْخُذُ منه[4] كفيلًا بها.

وذلك لأن القاضِيَ منصوبٌ للاحتياطِ في أموالِ الغُيَّبِ[5]، ويَجوزُ أن يَحْضُرَ الغائبُ فيُقِيمَ البينةَ على طلاقِها أو إيفاءِ نفقتِها[6]، فكان مِن الاحتياطِ أن يتوثَّقَ[7] القاضِي لذلك بالكفالةِ.

قال: ولا يُقْضَى بنفقةٍ[8] في مالِ الغائبِ إلا لهؤلاءِ.

---

(١) في (أ٢، غ، ل): «يلبس»، وفي (ح، ي): «تلبس»، ورسمت بالوجهين في (س)، وفي (ر، ظ): «يكسى».

(٢) بعده في (ي): «أداء».

(٣) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٣٣٠)، و«المبسوط» (٥/ ١٨٩)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٢٧).

(٤) في (أ٢): «منهم».

(٥) في (أ٢، غ، ل): «الغائب».

(٦) في (ي): «حقها».

(٧) في (ي): «يستوثق».

(٨) في (ل): «ولا يقضي القاضي بالنفقة».



وهذا الذي ذكَره صحيحٌ؛ لأن نفقةَ الزوجةِ تَجْرِي مَجْرَى الديونِ، بدليلِ وجوبِها مع الإعسارِ، فتأكَّدَتْ على سائرِ النفقاتِ، وكذلك نفقةُ الأولادِ الصغارِ لهذا المعْنى.

وأما الأَبَوَانِ فقد جُعِل مالُ الغائبِ[1] في حكْمِ مالِهم بدليلِ قولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ»[2]. وإذا جُعِل بمنزلةِ مالِه جاز أن يَقْضِيَ له منه.

وأما الأولادُ الكِبارُ الزَّمْنَى والإناثُ فالوِلادُ موجودٌ فيهم مع عجْزِهم فصارُوا كالأولادِ[3] الصِّغارِ، فأمَّا مَن سِوَى هؤلاءِ مِن ذَوِي الأرحامِ، فنفقتُه صِلَةٌ لم يتأكَّدْ حكْمُها، فلم[4] يثبُتْ في مالِ الغائبِ.

قال: وإذا قضَى القاضِي لها بنفقةِ الإعسارِ، ثُمَّ أَيْسَر فخاصَمَتْه تَمَّم لها نفقةَ المُوسِرِ[5].

وذلك لأن ما قضَى به تقديرٌ لنفقةٍ[6] لم تَجِبْ، فإذا تغيَّرَتْ حالُه كان لها أن تُطالِبَ بتمامِ حقِّها؛ لأنَّه لم يسْقُطْ.

---

(١) في (ح): «الغيب».

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢٢٩٢) من طريق عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وأخرجه ابن ماجه (٢٢٩١) من طريق محمد بن المنكدر، عن جابر. ورجَّح أبو حاتم إرساله عن ابن المنكدر، وصحَّحه ابن القطان في «بيان الوهم والإيهام» (٥/ ١٠٣)، وقال البوصيري في «مصباح الزجاجة» (٢/ ٢٥): «إسناده صحيح على شرط البخاري». ينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٣٩٩)، و«تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (١/ ٢٣٠).

(٣) في (س): «كأولاد»، وفي (ش): «كالولاد»، وفي (ظ): «كأولاده».

(٤) في (أ، ر، ش، ض، ع): «فلا».

(٥) في (س): «الموسرين».

(٦) في (ظ): «النفقة»، وفي (ع): «لنفقته».



قال: وإذا مضَتْ مدَّةٌ لم يُنْفِقِ الزوجُ عليها وطالَبَتْه بذلك، فلا شَيْءَ لها إلا أن يَكونَ القاضِي فرَض[1] النفقةَ، أو صالَحَتِ الزوجَ على مقدارِها، فيُقْضَى لها بنفقةِ ما مضَى.

وقال الشافعيُّ: تَصِيرُ النفقةُ دَيْنًا بِمُضِيِّ المدَّةِ[2].

لنا: أنها نفقةٌ تَجِبُ حالًا فحالًا فلا تَصِيرُ دَيْنًا بمُضِيِّ المدَّةِ، أصلُه نفقةُ الأقاربِ، والمسألةُ مَبْنِيَّةٌ على أن النفقةَ لا تَجِبُ للزوجةِ على وجْهِ العِوَضِ عن شيءٍ، وقد دلَّلْنا عليه فيما مضَى[3]، وإذا لم تَجِبْ على وجْهِ العِوَضِ كانت صلةً، فلا يَستَقِرُّ وجوبُها إلا بمعْنًى يَنْضَمُّ إلى سببِ الوجوبِ كالهِباتِ.

فإن قيل: كلُّ ما صار دَيْنًا إذا حكَم به الحاكِمُ صار[4] دَيْنًا، وإن لم يَحْكُمْ به[5]، أصلُه المهْرُ.

قيل له: تقولُ بمُوجَبِه؛ لأن النفقةَ تَصِيرُ دَيْنًا بغيرِ حكْمِ الحاكِمِ إذا الْتَزَمها الزوجُ وقدَّرها على نفسِه، ثُمَّ المعنى في المهْرِ أنَّه لما وجَب في النكاحِ عِوَضًا يَستَقِرُّ[6] أثَّر فيه الطلاقُ، فلو كانتِ النفقةُ كذلك أثَّر فيها الطلاقُ.

---

(١) بعده في (ح، غ): «لها».

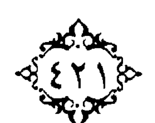
(٢) ينظر: «الحاوي» (١١/ ٤٥٤)، و«المهذب» (٣/ ١٥٥)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٤٥٠)، و«كفاية النبيه» (١٥/ ٢٢٣).

(٣) تقدَّم عند قول المصنف: «النفقةُ واجبةٌ للزوجةِ على زوجِها مسلِمةً كانتْ أو كافرةً ... إلخ».

(٤) في (ي): «يصير».

(٥) بعده في (غ، ي): «الحاكم».

(٦) في (ر، س، ي): «مستقرًّا».



قال: فإن مات الزوجُ بعْدَ ما قُضِي عليه بالنفقةِ ومضَتْ شهورٌ سقَطَتِ النفقةُ.

وكذلك إن ماتتِ الزوجةُ، وذلك لِما بيَّنَّا أن طريقَ النفقةِ الصِّلَاتُ، فما[1] لم تُقْبَضْ تَبْطُلْ[2] بالموتِ كالهبةِ.

وقد قال الشافعيُّ: إنها تُؤْخَذُ مِن تركةِ الزوجِ؛ لأنها دَينٌ ثابتٌ يَجوزُ الكفالةُ به، ويُحْبَسُ لأجْلِه كسائرِ الديونِ.

الجوابُ: أن الديونَ يَجوزُ أن تَجِبَ بعْدَ الموتِ بتقدُّمِ[3] أسبابِها في حالِ الحياةِ، فجاز أن يَبْقَى وجوبُها إلى ما بعْدَ الموتِ، والنفقةُ بخلافِه.

قال: وإن أَسْلَفَها نفقةَ السنَةِ، ثُمَّ ماتتْ[4] لم يُسْتَرْجَعْ منها شيءٌ.

وقال محمدٌ: يُحْتَسَبُ لها نفقةُ[5] ما مضَى وما بَقِي للزوجِ[6]. وبه قال الشافعيُّ[7].

وجْهُ قولِهما: أن النفقةَ إذا اتصلَتْ بالقبْضِ لم يثْبُتْ فيها الرجوعُ بعْدَ الموتِ، أصلُه الهبةُ إذا قُبِضتْ، ثُمَّ مات الموهوبُ له.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أنها قبَضَتْ ذلك على أن يكونَ عِوَضًا عمَّا تَسْتَحِقُّه على

---

(١) في (غ، ي): «فلما».

(٢) في (ي): «تسقط».

(٣) في (ح): «لتقدُّم»، وفي (س): «متقدِّم»، وفي (ش، غ): «بتقديم»، وفي (ع): «يتقدَّم».

(٤) في (ح، ونسخة مختصر القدوري): «مات».

(٥) في (س): «بنفقة».

(٦) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٨٨)، و«العناية» (٤/ ٣٩٤)، و«البناية» (٥/ ٦٧٧).

(٧) ينظر: «المهذب» (٣/ ١٥٣) و«بحر المذهب» (١١/ ٤٥٨)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٥٤)، و«كفاية النبيه» (١٥/ ١٨١).



الزوجِ في المستَقْبَلِ، فإذا بطَل الاستحقاقُ بَقِي القَبْضُ[1] بغيرِ حقٍّ، فوجَب ردُّه كالدَّيْنِ.

والشافعيُّ بَنَى على أصلِه أنها تَجِبُ على وجْهِ العِوَضِ كالأثمانِ، وهذا أصلٌ[2] يُخالَفُ[3] فيه؛ لأنها عندَنا تُتَعَجَّلُ صلةً عمَّا يَجِبُ مِن الصلةِ في المستَقْبَلِ، فلا يثبُتُ الرجوعُ فيها، وكذلك الكِسوةُ المقبوضةُ على هذا الخلافِ.

وقد روَى ابنُ رُستُمَ، عن محمدٍ: أنها إن كانتْ قبَضَتْ نفقةَ شهرٍ فما دُونَه لم يَرْجِعْ عليها بشيءٍ، وإن كان أكثرَ مِن ذلك رجَع[4].

ووجْهُ ذلك، وهو الاستحسانُ: أن الشهرَ وما دُونَه في حكْمِ اليَسِيرِ فصار كنفقةِ الحالِ، وما زاد عليه في حكْمِ الكثيرِ، فيَثْبُتُ فيه الرجوعُ كالديونِ.

قال: وإذا تزوَّج العبدُ حرَّةً فنفقتُها دَيْنٌ عليه[5] يُباع فيها[6].

وهذا يريدُ به إذا تزوَّج بإذنِ المولى؛ وذلك لأن النفقةَ مِن أحكامِ العقدِ فيستَوِي

(١) في (أ٢، ح، غ، ل): «العوض»، وأشار في حاشية (ح) أنه في نسخة: «القبض».

(٢) في (أ٢): «وجه».

(٣) في (س، ي): «نخالفه».

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٢٩)، و«البناية» (٥/ ٦٧٧)، و«فتح القدير» (٤/ ٣٩٥).

(٥) في (ح): «في ذمته».

(٦) في (ح): «فيه». وقال في حاشية (ح): «مرة بعد أخرى وفي دين غير النفقة يباع مرة صورته عبد يزوج امرأة بإذن المولى ففرض القاضي النفقة عليه، فاجتمع عليه ألف درهم فبيع بخمسمئة، وهي قيمته، والمشتري عالم أن عليه دين النفقة يباع مرة أخرى بخلاف ما إذا كان هذا الألف عليه بسبب آخر فبيع بخمسمئة، لا يباع مرة أخرى. شرح وقاية».



في لزومِها الحرُّ والعبدُ كالمهْرِ، وإنما قُلنا: إنَّه يُباعُ فيها لأنها[1] حقٌّ لَزِمه بسببٍ مِن جهةِ المولَى فيتعلَّقُ بالعبدِ واكتسابِه كدُيونِ المأذونِ، وإذا تعلَّقتْ برقبتِه جاز بيعُه فيها إلا أن يَفْدِيَه المولَى؛ لأن حقَّ المرأةِ في النفقةِ فإذا وفَّاها ذلك المولَى سقَط حقُّها، فلم يكن لها بيعُه.

قال: وإذا تزوَّج الرجلُ[2] أمةً فبَوَّأها مَوْلَاها معه مَنْزِلًا فعليه النفقةُ، وإن لم يُبَوِّئْها فلا نفقةَ لها.

وذلك لأنَّه إذا بوَّأها معه مَنْزِلًا فقد صارَتْ مُسلِّمةً نفْسَها في بيتِه، فصارتْ كالحرَّةِ إذا سلَّمَتْ نفْسَها، وإذا لم يُبَوِّئْها فليستْ مُسلِّمةً نفْسَها في بيته فلا يَجِبُ لها النفقةُ كالحرَّةِ الناشِزَةِ.

قال: ونفقةُ الأولادِ الصِّغارِ[3] على الأبِ، لا يُشارِكُه فيها أحدٌ، كما لا يُشارِكُه في نفقةِ الزوجة[4] أَحَدٌ.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَـَٔاتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ [الطلاق: ٦]. فألْزَم الأبَ أُجرةَ الرَّضاعِ مع وجودِ الأُمِّ، فدَلَّ على أن أحدَهما لا يُشارِكُ[5] الآخَرَ فيها، وإذا لم تُشارِكِ الأُمُّ الأبَ مع تَساوِيهما في الدرجةِ إلى الصغيرِ، فالأَبْعَدُ أَوْلى أن لا يُشارِكَه.

---

(١) في (ر، س، ش، ض، ظ): «لأنه».

(٢) ليس في (غ، ل)، وفي (أ٢): «الحر».

(٣) بعده في (ي): «واجبة».

(٤) في (س، ض): «الزوجية».

(٥) في (أ٢، ح، غ، ل): «يشاركه».

قال: فإن كان الصغيرُ رَضِيعًا فليس على أُمِّه أن تُرْضِعَه.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ إذا وجَد مَن تُرْضِعُه[1]، فإن لم يُوجَدْ فإنها تُجبَرُ على إرضاعِه، والأصلُ في ذلك قولُه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. فأَوْجَب أجرةَ الرَّضاعِ على الأبِ، ولأن الرَّضاعَ مُؤنةُ الولَدِ فلا يَلْزَمُ الأُمَّ كنفقتِه بعْدَ الكِبَرِ.

قال: ويَسْتَأْجِرُ له الأبُ مَن يُرْضِعُه عندَها[2].

وذلك لما بَيَّنَّا أن نفقةَ الرضاعِ على الأبِ، ولا يَلْزَمُ الأُمَّ الرضاعَ، فلا بُدَّ للأبِ مِن تحصيلِ مَن يُرْضِعُه[3].

وإنما قلنا: إنها تُرْضِعُه عندَ الأُمِّ؛ لأن الأُمَّ أحقُّ بالولدِ في هذه[4] الحالةِ[5] مِن الأبِ، وقد قال اللَّهُ تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَٰلِدَةُۢ بِوَلَدِهَا﴾ [البقرة: ٢٣٣]. ويُمْكِنُ الجمْعُ بينَ الأَمْرَيْنِ فتُرْضِعُه المرضعةُ عندَ الأُمِّ حتى لا يَسقُطَ واحدٌ مِن الحقَّيْنِ.

قال: فإنِ اسْتَأْجَرَها وهي زوجةٌ[6]، أو معتدَّةٌ[7] لِتُرْضِعَ ولدَها لَمْ يَجُزْ.

---

(١) في (أ٢، ع، غ): «يرضعه».

(٢) في (أ، ونسخة مشار إليها بحاشية ح): «غيرها».

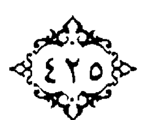
(٣) في (س، ش، ي): «ترضعه».

(٤) في (ح): «هذا».

(٥) في (ج، ش، ظ، ي): «الحال».

(٦) في (ش، ظ، ي): «زوجته».

(٧) في (ي): «معتدته».



أما مع بقاءِ النكاحِ (١فلا يَجوزُ١)؛ لأنها تَسْتَحِقُّ النفقةَ، وأُجرةُ الرضاعِ تَجْرِي مَجْرَى النفقةِ، ولا يَجوزُ أن تَسْتَحِقَّ في حالةٍ واحدةٍ نفقتَيْنِ، ولأن أُجرةَ الرضاعِ تَجِبُ لحفظِ الصبيِّ، وحِفْظُه هو مِن جملةِ نظافةِ البيتِ، ومنفعةُ البيتِ تَعُودُ إلى الزوجَيْنِ، فلم يَجُزْ لها أَخْذُ العِوَضِ على منفعةٍ تَحْصُلُ لها.

ولهذا قالوا: لو استأْجَرها على رَضاعِ[٢] ابنِه مِن غيرِها جاز، لمَّا لم[٣] يَجِبْ عليها أن تُسْكِنَه معها ولم[٤] يكن في حِفْظِه منفعةٌ تَعُودُ إلى منزلِها، وابنُه منها يكونُ معها في البيتِ فحِفْظُه يَعُودُ إلى منفعةِ البيتِ[٥].

وأما المبتوتةُ، فقال في إحدى الروايتَيْنِ: لا يَجوزُ استئجارُها على رضاعِ[٦] ابنها؛ لأنها تَسْتَحِقُّ النفقةَ والسكْنى كالزوجةِ.

وقال في الروايةِ الأُخرى: يَجوزُ لأن النكاحَ الذي كان بينَهما قد زال فهي بمنزلةِ الأجنبيةِ[٧].

قال: فإن انقضَتْ عِدَّتُها فاستأْجَرها على رَضاعِه[٨] جاز.

(١-١) ليس في (أ، ح، ر، ش، ظ، ع)، وفي (ض): «فلا».

(٢) في (ح): «إرضاع».

(٣) ليس في (ع).

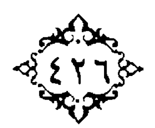
(٤) في (أ٢، ظ، غ، ل): «لو لم».

(٥) ينظر: «الأصل» (٣/ ٤٦٠)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٤١).

(٦) في (ح، ل): «إرضاع».

(٧) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٩١)، و«العناية» (٤/ ٤١٢)، و«البناية» (٥/ ٦٩٦).

(٨) في (ح، ر، ي): «إرضاعه».



لأنها أجنبيةٌ منه فصارتْ[1] كسائرِ الأجانبِ[2].

قال: فإنْ قال الأبُ: لا أستأجِرُها. وجاء بغيرِها فرَضِيتِ الأُمُّ بمثلِ أُجرةِ الأجنبيةِ كانت أحقَّ به، فإن التمستْ زيادةً لم يُجْبَرِ الزوجُ[3] عليها.

وذلك لقولِه تعالى: ﴿لَا تُضَآرَّ وَالِدَةُۢ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٞ لَّهُۥ بِوَلَدِهِۦۚ﴾ [البقرة: ٢٣٣]. قيل في التأويلِ: لا تُضارَّ والدةٌ فتُلْزَمَ الرضاعَ مع كراهتِها، ولا يُضارَّ الأبُ بإلزامِه[4] لها أكثرَ مِن أُجرةِ الأجنبيةِ، فأما إذا رضيتْ بمثْلِ أجرةِ الأجنبيةِ فهي أَوْلى؛ لأنها أشفَقُ على الصبيِّ[5]، ولبنُها أنفعُ له.

وقد قال الشافعيُّ: يُجْبَرُ على أن يُعْطِيَها الأجرةَ، وإن كانت أكثرَ مِن أجرةِ الأجنبيةِ؛ لأن حقَّها في الحضانةِ ثابتٌ فصار كما لو رَضِيتْ بأجرةِ الأجنبيةِ[6].

والجوابُ: أن هناك لا حظَّ للأبِ في الأجنبيةِ ولبنُ الأُمِّ أنفعُ وأَصْلَحُ، فلم يَجُزْ إسقاطُ حقِّها مِن غيرِ منفعةٍ للأبِ، وهاهنا بخلافِه.

قال: ونفقةُ الصغيرِ واجبةٌ على أبيه وإن خالَفه في دِينِه، كما تَجِبُ نفقةُ الزوجةِ على الزوجِ وإن خالَفَتْه في دِينِه.

---

(١) في (س، ظ، ي): «فصار».

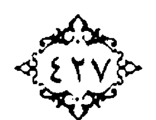
(٢) في (ي): «الأجنبيات».

(٣) في (ي): «الأب».

(٤) في (أ٢، ح، غ، ل): «بالتزامه».

(٥) في (ي): «الولد».

(٦) المعتمد في المذهب أنه إن طلبت أكثر من أجرة المثل لم يلزمه الإجابة، وجاز انتزاع الولد منها. ينظر: «المهذب» (٣/ ١٦٢)، و«بحر المذهب» (١١/ ٥٠٦)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٨٩).



أما نفقةُ الزوجةِ: فلأنها تَجِبُ بحكْمِ العقدِ، وما وجَب[1] بحكْمِ العقدِ لا يُؤثِّرُ فيه الأديانُ، أصلُه المهْرُ.

وأما نفقةُ الولدِ الصغيرِ: فلأنها تجْرِي مَجْرَى نفقةِ الزوجةِ بدليلِ قولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لهندٍ: «خُذِي مِنْ مَالِ أَبِي سُفْيَانَ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بِالمَعْرُوفِ». فأَجْراهما مَجْرًى واحدًا، فإذا لم يؤثِّرِ اختلافُ الدِّينِ في أحدِهما[2] كذلك الآخَرُ[3].

قال: وإذا وقعَتِ الفُرْقةُ بينَ الزَّوْجَيْنِ فالأُمُّ أَحَقُّ بالوَلَدِ.

وذلك لِما رُوِي في حديثِ عمرِو بنِ شُعَيْبٍ، عن أَبيه، عن جدِّه[4]: أن امرأةً أتتِ النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقالت: يا رسولَ اللَّهِ، إن ابني هذا كان بَطْنِي له وِعاءً[5]، وحِجْرِي له حِواءً[6]، وثَدْيِي له سِقاءً، وزعَم أبوه أن يَنْتَزِعَه[7] مِنِّي.

---

(١) في (ي): «يجب».

(٢) في (أ، ش، ض، ع، غ): «إحداهما».

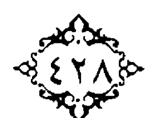
(٣) في (أ، س، ش، ض، ع، غ): «الآخرى»، وفي (ل): «للأخرى». وبعده في (ض٢): «كتاب الحضانة».

(٤) قال في حاشية (ح): «بن محمد بن عبد اللَّه بن عمرو بن العاصي فإن أراد بجده محمدًا كان مرسلًا، وإن أراد عبد اللَّه كان متصلًا، فما لم ينص عليه يصير محتملًا للإرسال والاتصال، وقد نص أبو داود في «سننه» عن جده عبد اللَّه فيكون متصلًا».

(٥) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٣): «الوِعاء بكسر الواو: ما يوعى فيه الشيء، أي يدخل فيه».

(٦) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٣): «الحِوَاء بكسر الحاء المهملة: اسم المكان الذي يحوي الشيء، أي يضمه ويجمعه. وقيل: مهد من وَبر». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٥١).

(٧) في (ر، س، ش، ض، ل، ي): «ينزعه»، وهو الموافق لما عند الحاكم، والمثبت من باقي النسخ موافق لما عند أبي داود، على ما سيأتي تخريجه.



فقال صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي[1]».

ولأنها أَعْرَفُ بتربيةِ الصبيِّ، كما أن الأبَ أحفظُ لمالِه، فإذا كان الأبُ أحقَّ بالتصرُّفِ في المالِ كانتِ الأُمُّ أحقَّ بالإمساكِ للصبيِّ.

قال: فإن لم تكن[2] أُمٌّ، فأُمُّ الأُمِّ أَوْلى مِن أُمِّ الأبِ.

وذلك لأنهما قد تَساويا في القرابةِ وإحداهما تُدْلِي بالأُمِّ، وهذه الوِلايةُ مُستفادَةٌ مِن جهةِ الأُمِّ، فمَن يُدْلِي بها يكونُ أَوْلى.

قال: فإن لم تكن [3]أُمُّ الأُمِّ[3]، فأُمُّ الأبِ أَولى مِن الأخواتِ.

وذلك لأن الجدَّةَ لها وِلادٌ[4]، وهي أكثرُ شفقةً فكانتْ أَوْلى.

قال: فإن لم تكن[5] جدَّةٌ فالأخواتُ أَوْلى مِن العمَّاتِ والخالاتِ.

وذلك لأن الأخواتِ مِن ولدِ الأَبَوَيْنِ، والعمَّاتِ والخالاتِ مِن ولدِ الجدَّيْنِ، فكان ولدُ الأَبَوَيْنِ أَوْلى.

قال: وتُقَدَّمُ الأختُ مِن الأبِ والأُمِّ، ثُمَّ الأختُ مِن الأُمِّ، ثُمَّ الأختُ مِن الأبِ.

---

(١) في (ي): «تتزوجي».

والحديث أخرجه أبو داود (٢٢٧٦)، والحاكم (٢/ ٢٠٧). وقال الحاكم: «صحيح الإسناد». ينظر: «البدر المنير» (٢٠/ ٢٤٣).

(٢) رسم بغير نقط أوله في (أ، س، ش، غ، ي)، وفي (أ٢، ر، ع، ل): «يكن».

(٣) في (ي): «جدة لأم».

(٤) في (أ٢، ض): «أولاد».

(٥) بعده في (ح): «له».



وذلك لأن الأختَ مِن الأبِ والأُمِّ تُدْلِي بالجهتَيْنِ جميعًا، فكانت أَوْلى، ثُمَّ الأختُ مِن الأُمِّ أَولى مِن الأختِ لأبٍ؛ لأنهما[1] قد تَساويا[2] في القرابةِ وإحداهما تُدْلِي بالأُمِّ، التي[3] استُفِيدَتْ هذه الولايةُ مِن جهتِها فكانتْ أَوْلى، وكما تُقدَّمُ الخالةُ على العمَّةِ.

وقد قال الشافعيُّ: الأختُ مِن الأبِ أَوْلَى مِن الأختِ مِن الأُمِّ؛ لأنهما شخصانِ لا وِلادَ لهما فكان أَوْلاهما بالحضانةِ أقواهما في الإرثِ، أصلُه الأختُ مِن الأبِ والأُمِّ، والأختُ مِن الأُمِّ[4].

قُلنا: اعتبارُ قوةِ الإرثِ في الحضانةِ لا معْنَى له؛ لأن الأبَ أَقْوَى في الإرثِ مِن الأُمِّ ولم يكن أَولى منها بالحضانةِ، كذلك هذا.

واختلفتِ الروايةُ في الأختِ مِن الأبِ والخالةِ، فروَى محمدٌ، عن أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ: أن الخالةَ أَوْلى، وهو قولُ محمدٍ، وزفرَ[5].

وجْهُ ذلك: ما رُوِي: أن ابنةَ حمزةَ لمَّا رأتْ عَلِيًّا رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ تمسَّكَتْ به وقالتْ: ابنُ عَمِّي. فأَخَذها فاخْتَصَم فيها عليٌّ، وزيدٌ، وجعفرٌ؛ فقال عليٌّ: بنتُ عَمِّي.

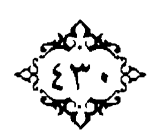
(١) في (أ٢، ح، ل): «وذلك لأن الأخت من الأم والأخت من الأب».

(٢) في (ض): «تساوى»، ورسم بغير نقط التاء الثانية في (ظ): «تساوتا»، وفي (ي): «تساوتا».

(٣) ليس في (أ٢، غ، ل)، وفي (ح): «و».

(٤) ينظر: «الأم» (٥/ ١٠٠)، و«مختصر المزني» (٨/ ٣٤٠)، و«الحاوي» (١١/ ٥١٤)، و«المهذب» (٣/ ١٦٥)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٥٦٤).

(٥) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٣٥٢)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٢٢-٣٢٤)، و«المبسوط» (٥/ ٢١٠، ٢١١)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٢٩)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٤١).



وقال جعفرٌ: بنتُ عمِّي، وخالتُها عندِي. وقال زيدُ بنُ حارثةَ: بنتُ أخِي، آخَيْتَ بَيْنِي وبَيْنَ حمزةَ يا رسولَ اللَّهِ. فقضى بها النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لخالتِها، وقال: «الخَالَةُ وَالِدَةٌ»[1].

وروى بِشْرُ بنُ الوليدِ، عن أبي يوسفَ، عن أبي حنيفةَ: أن الأختَ مِن الأبِ أَوْلى[2].

ووجْهُ ذلك: أن الأختَ مِن ولدِ الأبِ، والخالةَ مِن ولدِ الجدِّ، وجِهَةُ الأبِ أَقْوى [3]فكانتْ أَوْلى[3]، وهذه العلَّةُ تقتَضِي أن تُقدَّمَ بناتُ الأخواتِ على الخالاتِ.

قال: ثُمَّ الخالاتُ أَوْلى مِن[4] العمَّاتِ.

لأنهنَّ قد تَساوَيْنَ في القرابةِ، فمَن يُدْلِي بالأُمِّ أَوْلى كأُمِّ الأمِّ، وأُمِّ الأبِ.

قال: يُنَزَّلْنَ كما يُنَزَّلُ[5] الأخواتُ، ثُمَّ العمَّاتُ يُنَزَّلْنَ كذلك.

لما ذكَرْناه في الأخواتِ.

وقد قال أصحابُنا: إن بناتِ الأخِ أَوْلى مِن العمَّاتِ والخالاتِ؛ لأنهن مِن

---

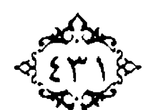
(١) أخرجه أحمد (٧٧٠) من حديث علي. وأخرجه الطبراني في «الكبير» (١٧/ ٢٤٣) (٦٧٧) من حديث أبي مسعود. وأخرجه الطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ٤٠٠) عن ابن مسعود موقوفًا، ومثله لا يقال من قبل الرأي. وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٦٧)، و«الدراية» (٢/ ٨١). وجاء عند البخاري (٢٦٩٩) عن البراء بن عازب قوله: في قصةِ ابنةِ حمزةَ، أنَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ، قال: «الخالةُ بمَنزِلَةِ الأمِّ».

(٢) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٢٢)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٤١).

(٣-٣) ليس في (أ٢، ح، غ، ل).

(٤) في (أ، ض، ع): «ثم».

(٥) في (أ، غ): «نزلن»، وفي (ر): «نزلت»، وفي (ع، ي): «نزلنا».



ولدِ الأبِ، وبناتُ الأختِ أَوْلى مِن بناتِ الأخِ؛ لأن الأخَ لا حقَّ له في الحضانةِ، والأختَ لها حقٌّ، فمَن يُدْلِي بها أَوْلى[1].

فأما بناتُ العمِّ، وبناتُ الخالِ، والخالةِ، والعمةِ، فلا حقَّ لهنَّ في الحضانةِ؛ لأنهن رَحِمٌ بلا مَحْرَمٍ، والحضانةُ تثْبُتُ لذواتِ المحارِمِ.

قال: وكلُّ مَن تزوَّجَتْ مِن هؤلاءِ سقَطَ[2] حقُّها إلَّا الجدَّةَ إذا كان زَوْجُها الجَدَّ[3].

وذلك لقولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ للمرأةِ التي أَتَتْه في شأنِ ولدِها: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَم تَنْكِحِي[4]». ولأن الصبيَّ يَلْحَقُه جفاءٌ ومذلَّةٌ مِن جهةِ زوجِ أُمِّه، وفي ذلك ضَرَرٌ على الصبيِّ فسقَط حقُّها لأَجْلِ الضررِ، ولا يُشْبِهُ هذا الجدةَ إذا تزوَّجها الجدُّ؛ لأنَّه لا يَلْحَقُه جفاءٌ مِن جدِّه فلم يَسْقُطْ حقُّها.

وعلى هذا: الأُمُّ إذا تزوَّجَتْ بالعمِّ لا يسقُطُ حقُّها لِما ذكَرْناه.

قال: فإن لم يكن للصبيِّ امرأةٌ مِن أهلِه، واختَصَم فيه الرجالُ فأَوْلاهم به أقرَبُهم تَعْصِيبًا.

---

(١) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٢٩)، و«المبسوط» (٥/ ٢١١)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٤١).

(٢) في (أ، ع): «يسقط».

(٣) قال في حاشية (ح): «ثم يعود حق الحضانة بالفرقة بعد ما سقط بالتزوج لزوال المانع كالناشزة سقط نفقتها، ثم إذا عادت إلى منزل الزوج تجب، وكذا الولاية تسقط بالجنون والارتداد، ثم إذا زال ذلك عادت الولاية، ثم إذا كان الطلاق رجعيًّا لا يعود حقها حتى تنقضي عدتها لقيام الزوجية. زيلعي».

(٤) في (ي): «تتزوجي».



لأن ما يُستَحَقُّ بالقرابةِ يُعْتَبَرُ فيه الأقربُ فالأقربُ، أصلُه الميراثُ، ووِلايةُ النكاحِ.

قال: والأُمُّ والجدَّةُ أحقُّ بالغلامِ حتى يَأْكُلَ وحْدَه، ويَشْرَبَ وحْدَه، ويَلْبَسَ وحْدَه، ويَسْتَنْجِيَ وحدَه، وبالجاريةِ حتى تَحِيضَ.

وذلك لِما رُوِي: «أن عمرَ طلَّق أُمَّ ابنِه عاصمٍ، فلَقِيها ومعها الصبيُّ فنازَعها وارتفعا إلى أبي بكرٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقضَى أن رِيحَها وفِراشَها خيرٌ له حتى يَشِبَّ»[1].

ولأن الصبيَّ إذا استَغْنَى بنفْسِه احتاجَ إلى التأديبِ، والأبُ أَعْرَفُ بالتأدِيبِ مِن الأُمِّ، فكان أَخْذُه أَوْلى لِئلَّا يَسْتَضِرَّ بعادةِ أخلاقِ النساءِ وتَرْكِ التأدِيبِ.

وقد كان القياسُ أن تكونَ الأُمُّ أحقَّ بهما ما لم يَبْلُغا؛ لأن الحضانةَ وِلايةٌ للأُمِّ فلا تَرْتَفِعُ إلَّا بالبلوغِ كولايةِ الأبِ، وإنما تركوا القياسَ في الغلامِ لِما ذكَرْنا، والجاريةُ تَبْقَى على أصلِ القياسِ.

وقد روَى هشامٌ، عن محمدٍ: أن الجاريةَ إذا بلَغَتْ حدًّا تُشْتَهى فالأبُ أحقُّ بها، وذلك لأنها إذا صارتْ تُشْتَهى احتاجَتْ إلى الحفظِ، والرجالُ أكثرُ غيرةً مِن النساءِ فكانوا أَوْلى[2].

وقد قال الشافعيُّ: إن الأمَّ والجدَّةَ أحقُّ بالغلامِ حتى يَبْلُغَ سبْعَ سنينَ، ثُمَّ يُخيَّرُ فيكونُ ....

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٢٦٠١) عن ابن عباس، وأخرجه ابن أبي شيبة (١٩٤٦٤) عن سعيد بن المسيب، وأخرجه مالك (٢/ ٧٦٧) عن القاسم بن محمد. وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٦٦).

(٢) ينظر: «العناية» (٤/ ٣٧٢)، و«البناية» (٥/ ٦٥٠).



(١عندَ مَن١) مَن يختارُ مِن الأَبَوَيْنِ(٢).

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن الصبيَّ يَختارُ مِن الأَبَوَيْنِ مَن لا يُلْزِمُه التأديبَ ولا يُنْكِرُ عليه، وفي ذلك إلحاقُ ضررٍ به، فلم يُرْجَعْ إلى اختيارِه.

ولأنَّه إذا لم يَبْلُغْ حدًّا يَكْتَفِي بنفْسِه ففي كونِه عندَ الأبِ ضررٌ عليه؛ لأن النساء أَقْوَمُ بالتربيةِ مِن الرجالِ، فإذا اختار الأبَ في هذا الحالِ فاختيارُه يَضُرُّ به فلا يُرْجَعُ إلى اختيارِه(٣)، وكذلك الجاريةُ إذا اختارتْ بعْدَ البلوغِ الأُمَّ ففي ذلك ضَرَرٌ عليها؛ لأن الأبَ أَغْيَرُ عليها وأَحْفَظُ لها، فلم يُقْبَلْ قولُها فيما يَضُرُّ بها.

فإن قيل: رُوِي عن أبي هريرةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «كنتُ عندَ النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ إذ جاءَتْه امرأةٌ فقالتْ: يا رسولَ اللَّهِ، إن زوجِي يريدُ أن يَذْهَبَ بابْنِي وإنَّه قد نفَعَنِي وسَقَانِي مِن بِئْرِ أبي عِنَبَةَ(٤). فقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «اسْتَهِمَا عَلَيْهِ».

(١-١) في (ح): «تحت يد»، وأشار في الحاشية أنه كالمثبت في نسخة.

(٢) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٣٤٠) و«الحاوي» (١١/ ٥٠١)، و«روضة الطالبين» (٩/ ١٠٣).

(٣) قال في حاشية (ح): «وليس للأب أن يخرج بولده من بلده حتى يبلغ حد الاستغناء لما فيه من إبطال حق الأم من الحضانة».

(٤) في (أ، أ٢، ح، ش، ض، ع، غ، ل): «عتبة»، وفي (ر): «عيبة»، ورسمت بغير نقط في (ظ)، والمثبت من باقي النسخ موافق لما عند أبي داود، والنسائي.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٤): «بِئْر أبي عِنَبَةَ: واحدة العنب بالعين المهملة، والنون والباء الموحدة. وفي شرح الكافي: بئر آل عُتْبَة بضم العين، وسكون التاء المثناة من فوق، وبعدها موحدة وتاء، قال في المغرب: كلاهما صحيح، وهي بئر بقرب المدينة لا يمكن الاستقاء منها للصغير. انتهى. قلت: هي على فرسخ من المدينة، قاله في عيون الأثر. واقتصر على النسبة الأولى، والله أعلم». ينظر: «المغرب» (٢/ ٤٠)، و«عيون الأثر» (١/ ٢٨٦).

فقال الرجلُ: مَن يُحاجُّنِي في وَلَدِي؟ فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هَذَا أَبُوكَ وَهَذِهِ أُمُّكَ؛ فَخُذْ بِيَدِ أَيِّهِمَا شِئْتَ». فأخَذ بيدِ أُمِّه فانْطَلَقَتْ به»[1].

قيل له: هذه قضيةٌ[2] في عينٍ يَحْتَمِلُ أن يكون بالِغًا وهو الظاهِرُ[3]؛ لأنها قالتْ: «نَفَعَنِي وسَقَانِي مِن بئرِ أبي عنبةَ». وقد قِيل: إن هذه البِئْرَ لا يَسْتَقِي منها إلا البالِغُ[4].

قال: ومَن سِوَى الأُمِّ والجدَّةِ أَحَقُّ بالجاريةِ حتَّى تَبْلُغَ حدًّا تُشْتَهى.

وذلك لأن ولايةَ الحضانةِ تُستفادُ[5] بالولادةِ، فمَن لا وِلادةَ[6] له لا ولايةَ له، وإنما تثْبُتُ له الحضانةُ لحاجةِ الصبيِّ إليه، فإذا بلَغ الصبيُّ والصبيةُ إلى هذه الحالِ[7] ....

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٢٧٧)، والترمذي (١٣٥٧)، والنسائي (٣٤٩٦)، وفي «الكبرى» (٥٦٦٠)، وابن ماجه (٢٣٥١) من طرق عن أبي ميمونة، عن أبي هريرة. وقال الترمذي: «حسن صحيح». ينظر: «الأحكام الوسطى» (٣/ ٢١٩)، و«بيان الوهم والإيهام» (٥/ ٢٠٧)، و«تحفة الأشراف» (١٥٤٦٣)، و«الدراية» (٢/ ٨٢).

(٢) في (ح، ش، غ، ي): «قصة»، وفي (أ٢): «قصته»، وفي (ر): «قضية حال».

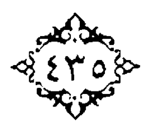
(٣) قال في حاشية (ح): «وليس في الحديث دليل على أنه يخير في السبع؛ لأنه ليس في الحديث ذكر عمره، أو لأنه وفق ببركة دعائه عَلَيْهِ السَّلَامُ لاختيار الأنظر، فلا يقاس عليه غيره، ومن العجب أنهم لا يعتبرون إيمانه وهو اختياره لربه وهو نفع له، ثم يعتبرون اختياره أحد الأبوين وهو ضرر عليه. زيلعي».

(٤) بعده في (ي): «وقد قيل: إنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ دعا لذلك الصبي، وقال: «اللهم اهده». فلهذا اختار الأم بدعاء النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ».

(٥) في (ح، ظ): «مستفادة»، وفي (غ، ل): «مستفاد».

(٦) في (أ، ش، ظ، ع، ي): «ولاد».

(٧) في (ي): «الحالة».



فقد استَغْنى[1] عنهنَّ، واحتاج[2] إلى الحفظِ، فكان الرجالُ[3] أحقَّ بها.

قال: والأمةُ إذا أَعْتَقَها مولاها، وأُمُّ الولَدِ إذا أُعْتِقَتْ في الولدِ كالحُرَّةِ، وليس للأمةِ وأُمِّ الولَدِ قَبْلَ العِتْقِ حقٌّ في الوَلَدِ.

وإنما كان كذلك لأن الحضانةَ ضَرْبٌ مِن الولايةِ ولا حقَّ للإماءِ في الولايةِ، فأما إذا أُعْتِقَتْ فتثبُتُ لهما[4] الحضانةُ؛ لأنهما[5] مِن أهلِ الولايةِ بعْدَ العِتْقِ، والولادةُ[6] موجودةٌ فصارتْ كالحرَّةِ[7] الأصليةِ.

قال: والذِّمِّيَّةُ أَحَقُّ بولَدِها المُسْلِمِ ما لم يَعْقِلِ الأديانَ ويُخافُ عليه[8] أن يأْلَفَ الكفْرَ.

وذلك لأن هذا الحقَّ إنما يَثْبُتُ[9] للأُمِّ لأجْلِ منفعةِ الصغيرِ والكفرُ لا يَنْفِيه، أصلُه ولايةُ الأبِ في المالِ.

قال: وإذا أرادتِ المُطلَّقةُ أن تَخْرُجَ بولَدِها مِن المِصْرِ فليس لها ذلك، إلا أن تُخْرِجَه إلى وطَنِها، وقد كان الزوجُ تزوَّجها فيه.

---

(١) في (ي): «استغنيا».

(٢) في (ي): «واحتاجا».

(٣) في (س): «الرجل».

(٤) في (أ٢، ر، غ، ل): «لها».

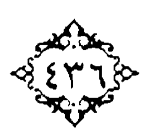
(٥) في (أ٢، ر، غ، ل): «لأنها».

(٦) في (ر، س، ي): «الولاية».

(٧) في (أ، س، ظ، ع): «كالحرية».

(٨) من (ح، ر، ش، ي).

(٩) في (ر، ي): «ثبت».



وجملةُ ذلك: أن الحضانةَ حقٌّ للأُمِّ فإذا أرادتِ الخروجَ بولدِها مِن المصرِ فليس للأبِ أخْذُه لِما فيه مِن إسقاطِ حقِّها، ولكنَّنا ننظُرُ في ذلك؛ فإن كانتِ الأُمُّ زوجةً فلِلزَّوجِ منعُها مِن الخروجِ، كان معها ولَدٌ[1] أو لم يكن؛ لأن المقامَ في منزلِ الزوجِ واجبٌ عليها فإذا أرادتْ تَرْكَه منَعها.

وإن كانت مبتوتةً وأرادتْ أن تَخْرُجَ به إلى بلدِها وقد وقَع النكاحُ فيه فلها ذلك؛ لأن مَن تزوَّج في بلدٍ[2] فالظاهر أنَّه يُقيمُ[3] فيه، وإذا كان كذلك فقد الْتَزَم لها المقامَ في بلدِها وإنما خرَجَتْ معه؛ لأن عليها اتِّباعَه بحكْمِ الزوجيةِ، فإذا زال العقدُ جاز أن يَعُودَ[4]، فكأنَّه رَضِي بذلك.

وأما إذا أرادتْ أن تنقُلَه إلى بلدِها وقد وقَع النكاحُ في غيرِه فليس لها ذلك؛ لأن الأبَ لم يَلْتَزِمْ لها المقامَ في بلدِها فلم يكن لها التفريقُ بينَه وبينَ ولدِه[5] مِن غيرِ التزامٍ[6] يوجَدُ مِن جهتِه.

وإذا وقَع النكاحُ في غيرِ بلدِها فأرادتْ نقْلَه إلى البلدِ الذي وقَع النكاحُ فيه لم يكن لها ذلك؛ لأنَّه دارُ غربةٍ كالبلَدِ الذي فيه الزوجُ، وإذا تساوَى الموضعانِ لم يَجُزْ لها النقْلُ.

---

(١) في (أ٢، ح، غ، ل): «الولد»، وفي (ش، ظ): «ولدها».

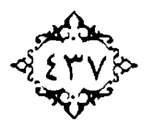
(٢) في (س): «بلده».

(٣) في (س): «مقيم».

(٤) في (أ٢، ش، ي): «تعود»، ورسمت بغير نقط في (أ، ض، ظ).

(٥) في (ض، ي): «ولدها».

(٦) في (أ): «إلزام».



فإن أرادتْ نقْلَ الصبيِّ إلى بلدٍ آخرَ وبينَ البلدَيْنِ ما يَقْدِرُ (١الأبُ أن يَصِيرَ١) إليه ويَعُودَ إلى منزلِه قَبْلَ الليلِ فلها ذلك؛ لأن هذا لا يَلْحَقُ الأبَ[٢] ضررٌ بالانتقالِ إلا كما يَلْحَقُه بالتنقُّلِ[٣] في محالِّ المِصْرِ.

فإن أرادتْ نقْلَ الصبيِّ إلى قريتِها وقد وقَع النكاحُ فيها، فلها ذلك لِما بيَّنَّاه، وإن كان النكاحُ وقَع في غيرِها فليس لها نقْلُه إلى قريتِها ولا إلى القريةِ التي وقَع فيها النكاحُ إذا كانتْ بعيدةً كما بَيَّنَّا[٤] في البلدَيْنِ، وإن كان بينَ القريتَيْنِ قريبٌ يُمْكِنُ الأبُ النظرَ إلى الصبيِّ والعودَ قبْلَ الليلِ فلها ذلك؛ لأنَّه ليس عليه ضررٌ في الانتقالِ.

فإن كان الأبُ في المصرِ فأرادتْ نقْلَه إلى السوادِ وقد تزوَّجها فيه فلها ذلك إذا كان وطنَها لِما بَيَّنَّا، وليس لها أن تنقُلَه إلى قريةٍ أُخرى وإن كانت قريبةً مِن المصرِ؛ لأن أخلاقَ أهلِ السوادِ أَجْفَى مِن أخلاقِ أهلِ المصرِ، ففي نقْلِه ضررٌ بتعوُّدِ تلك الأخلاقِ، فلم يَجُزْ ذلك إذا لم يكن الأبُ قد الْتَزَمه، وليس لها أن تَنْقُلَه إلى دارِ الحربِ[٥]، وإن كان العقدُ وقَع فيه، لِما فيه مِن الضررِ عليه بالنُّشُوءِ[٦] معهم، والاقتداءِ بأخلاقِهم.

(١-١) في (ح): «أن يصل الأب»، وفي (ي): «الأب أن يصل».

(٢) في (ح): «للأب»، وبعده في (ر، ي): «به».

(٣) في (ح، ي): «بالنقل».

(٤) في (س): «قلنا».

(٥) هنا يبدأ خرم في (ش) وينتهي في كتاب العتق عند قول الشارح: «ديون يومه فهو موسر... إلخ».

(٦) في (أ٢): «بالعيش»، وفي (ل): «بالعشرة بالنشوء»، وفي (ي): «بالعشرة».



قال: وعلى الرجلِ أن يُنْفِقَ على أَبَوَيْهِ، وأجدادِه، وجدَّاتِه إذا كانوا فقراءَ وإن خالَفُوه في دِينِه.

أما وجوبُها للوالِدينِ فلقولِه تعالى: ﴿وَصَاحِبۡهُمَا فِي ٱلدُّنۡيَا مَعۡرُوفٗاۖ﴾ [لقمان: ١٥]. وهذا نزَل في الكافِرينَ، وأما أجدادُه وجدَّاتُه فلأن اسمَ الأبِ يَنْطَلِقُ عليهم على وجْهِ المجازِ، والأحكامُ التي تتعلَّقُ بالأَبَوَيْنِ تتعلَّقُ بهم، فلذلك ساوُوهم في وجوبِ النفقةِ لهم مع اختلافِ الدِّينِ، ولا تَجِبُ النفقةُ لهم إلا أن يكونوا فقراءَ؛ لأن الغَنِيَّ منهم مُسْتَغْنٍ بمالِه فكان إيجابُ النفقةِ في مالِه أَوْلى مِن إيجابِها في مالِ غيرِه.

قال: ولا تَجِبُ النفقةُ مع اختلافِ الدِّينِ إلا للزوجةِ، والأَبَوَيْنِ، والأجدادِ، والجدَّاتِ، والولَدِ، وولدِ الولَدِ.

وقد بيَّنَّا جميعَ ذلك، فأمَّا ولدُ الولدِ فاسمُ الولَدِ يتناوَلُهم على طريقِ المجازِ، والأحكامُ التي تتعلَّقُ بالولدِ تتعلَّقُ بهم، فصارُوا بمنزلتِهم في هذا الحكمِ أيضًا.

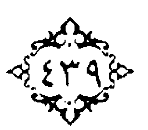
قال: ولا يُشارِكُ الولَدَ في نفقةِ أَبَوَيْه أَحَدٌ[1].

وذلك لأن مالَ الابنِ مُضافٌ[2] إلى الأبِ ويَجْرِي مَجْرَى مالِه، فصار الأبُ به في حكْمِ الغَنِيِّ، فلم تَجِبْ نفقتُه على غيرِه.

---

(١) قال في حاشية (ح): «في نكاح الأصل نفقة الوالد على الابن الموسر واجبة؛ سواء كان الأب قادرًا على الكسب أو عاجزًا بأن كان زمنًا. خلاصة».

(٢) في (أ٢، ح، غ، ل): «يضاف».



قال: والنفقةُ لكلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ إذا كان صغيرًا فَقِيرًا، أو كانتِ امْرأةً بالِغةً فَقِيرةً، أو كان ذكرًا زَمِنًا، أو أَعْمَى فَقِيرًا[(١)].

وقال الشافعيُّ: لا تَجِبُ النفقةُ إلا للوالِدَيْنِ والوَلَدِ[(٢)].

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْمَوْلُودِ لَهُۥ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾، إلى قولِه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة: ٢٣٣].

وهذا يَقْتَضِي وجوبَ النفقةِ على كلِّ وارثٍ كوجوبِها على الوالِدِ، ورُوِي: «أن امرأةً خاصَمَتْ عمَّ صِبْيانِها إلى عمرَ بنِ الخطابِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ فقضى عليه بنفقتِهم»[(٣)]، وعن زيدٍ: «أنَّه قضَى بنفقةِ صغيرٍ[(٤)] على أُمِّه وعمِّه أثلاثًا»[(٥)]، ولا مُخالِفَ له[(٦)]، ولأنَّه ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِن النَّسَبِ فجاز أن يَسْتَحِقَّ برَحِمِه النفقةَ كالوالِدينَ والولَدِ.

فإن قيل: كلُّ شخصَيْنِ لا تَجِبُ نفقةُ أحدِهما على الآخَرِ مع اختلافِ الدِّينِ لا يَجِبُ مع اتِّفاقِه كابْنَي العَمِّ.

قيل له: إن ابْنَي العمِّ رَحِمُهما ليس بكاملٍ بدلالةِ أنَّه يَجوزُ تزويجُ بنتِ العمِّ

---

(١) بعده في (أ٢): «تجب»، وبعده في (ر، ض، ظ، ل، ي): «واجبة».

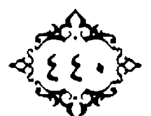
(٢) ينظر: «المهذب» (٣/ ١٥٨)، و«نهاية المطلب» (١٥/ ٥١١)، و«روضة الطالبين» (٩/ ٨٣).

(٣) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٩٥٠٢، ١٩٥٢٥).

(٤) في (أ٢، ح، غ، ل): «الصغير».

(٥) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (١٩٥٠٥)، وفيه: «إذا كان عَمٌّ وَأَمٌّ فَعَلَى الْأُمِّ بِقَدْرِ مِيرَاثِهَا وَعَلَى الْعَمِّ بِقَدْرِ مِيرَاثِهِ».

(٦) ليس في (أ، س، ع)، وفي (ح، ي): «لهما».



كما يَجوزُ تزويجُ الأجنبيةِ، وليس كذلك الأختُ؛ لأن رحمَهما كاملٌ، ولهذا وجَب[1] صلةُ الرحِمِ بينَ الأُختَيْنِ، فلم يَجُزْ جمعُهما في النكاحِ، ولو ملَك أَخَوَيْنِ لم يُفَرِّقْ بينَهما، ولو ملَك ابْنَي عمٍّ جاز أن يُفَرِّقَ بينَهما، فافْتَرقا لهذا المعْنى.

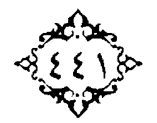
وإذا ثبَت وجوبُ النفقةِ لكلِّ ذِي رَحِمٍ مَحْرَمٍ، قُلنا: لا تَجِبُ إلا للفقيرِ منهم العاجِزِ، أما اعتبارُ الفقرِ[2]؛ فلأنه[3] يَجِب للحاجةِ، ومتى كان له مالٌ فليس بمحتاجٍ فكان إيجابُها في مالِه أَوْلَى.

وأما اعتبارُ العجْزِ؛ فقال: يَقْضِي لصغارِهم بالنفقةِ؛ لأنه[4] لا مالَ لهم ولا كسْبَ، فوجَب صلةُ أرحامِهم بكفايتِهم، وكذلك الإناثُ؛ لأن المرأةَ لا تَقْدِرُ على الاكتسابِ فهي كالصبيِّ، وكذلك الكبارُ الزَّمْنَى والعُمْيانُ؛ لأنهم لا يَقْدِرُون على الكسْبِ فلَزِمهم نفقتُهم صلةً لأرحامِهم.

فأما الكبارُ مِن ذوي الأرحامِ الأصحاءِ فلا نفقةَ لهم وإن كانوا فقراءَ إلَّا الأبَوَيْنِ خاصةً، والجدَّ والجدَّةَ عندَ عدَمِهما؛ لأن الرجلَ الصحيحَ قادرٌ على الكسبِ فهو غَنِيٌّ بكَسْبِه كما يكونُ غَنِيًّا بمالِه[5]، فلا تَجِبُ نفقتُه على غيرِه.

فأمَّا الأبوانِ فيَقْضِي لهما بالنفقةِ مع الصحةِ؛ لأن في تعريضِهما للكسْبِ مع غَناءِ الولدِ إلحاقَ مشقةٍ[6] بهما، وقد مُنِع الولدُ مِن ذلك.

(١) في (ع): «أوجب».
(٢) في (أ٢، س، ض): «الفقير».
(٣) في (أ، ع): «فلا»، وفي (أ٢، ح، ي): «فلأنها».
(٤) في (ي): «لأنهم».
(٥) في (أ، ع): «بمال».
(٦) في (أ٢): «المشاق»، وفي (ح، غ، ل): «المشقة».



قال: ويَجِبُ ذلك على مقدارِ الميراثِ؛ فتَجِبُ نفقةُ البنتِ البالِغةِ، والابنِ الزَّمِنِ على أَبَوَيْه؛ على الأبِ الثلثانِ، وعلى الأُمِّ الثلثُ.

وذلك لأنَّ اللَّهَ تعالى علَّق استحقاقَ النفقةِ بالإرثِ بقولِه تعالى: ﴿وَعَلَى ٱلْوَارِثِ مِثْلُ ذَٰلِكَ﴾ [البقرة:٢٣٣]. وإذا تعلَّق استحقاقُها بالإرثِ وجَب اعتبارُ قَدْرِه في قَدْرِها[1].

قال: ولا تَجِبُ نفقتُهم مع اخْتِلافِ الدِّينِ.

وذلك لأن نفقتَهم تَجِبُ على طريقِ الصلةِ، ولا تَجِبُ الصلةُ في ذَوِي الرحِمِ غيرِ المَحْرَمِ مع اختلافِ الدِّينِ، بدليلِ أنَّه يَجوزُ للمسْلِمِ أن يَبْتَدِئَ بقَتْلِ أخيه الحربي، ولا يَجوزُ له أن يَبْتَدِئَ بقَتْلِ أبيه، فدلَّ هذا على أنَّه تَجِبُ صلةُ رحِمِ الوالِدَيْنِ مع اختلافِ الدِّينِ واتِّفاقِه، ولا تَجِبُ صلةُ رَحِمِ مَن سِواهم[2] مع اختلافِ الدِّينِ فلذلك لم تَجِبْ نفقتُهم.

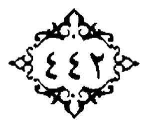
قال: وَلَا تَجِبُ على الفَقِيرِ.

وذلك لأن نفقةَ ذَوِي الأرحامِ تَجِبُ على وجْهِ الصلةِ، فلو أَوْجَبْناها على الفقيرِ لم يكن إيجابُها عليه أَوْلى مِن إيجابِها له، فلهذا لم تَجِبْ، وليس يَجِبُ على الفقيرِ إلا نفقةُ زوجتِه وولدِه الصغارِ، فأما نفقةُ الزوجةِ فإنها أُجْرِيتْ مُجْرَى

---

(١) بعده في (أ٢، ي): «وهذه رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة، وأما ظاهر الرواية أن النفقة على الأب دون الأم». وينظر: «الأصل» (٤/ ٥٤٨) (١٠/ ٢٤٢)، و«الحجة على أهل المدينة» (٣/ ١٥٣-١٥٥)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٥/ ٣٠٣، ٣١٠).

(٢) في (ح): «سواهما».



الديونِ بدلالةِ أنَّه يُقْضَى بها لها مع يسارِها، والدَّيْنُ يَجِبُ في حالِ اليسارِ والإعسارِ، وأما نفقةُ الأولادِ الصغارِ فإنها أُجْرِيَتْ[1] مَجْرَى نفقةِ الزوجةِ فلم تَخْتَلِفْ باليسارِ والإعسارِ.

قال: وإذا كان للابْنِ الغائبِ مالٌ قُضِي فيه بنفقةِ أَبَوَيْه.

وقد بيَّنَّا ذلك.

قال: وإن باع أبوه متاعَه في نفقتِه جاز عندَ أبي حنيفةَ[2]، وإن باع العقارَ لم يَجُزْ[3].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الأبَ له ولايةٌ في مالِ الابنِ في حالِ صِغَرِه، وتلك الولايةُ تزولُ بالبلوغِ وتزولُ بالموتِ، وإذا زالتْ بالموتِ يَجوزُ أن يَبْقَى لها أَثَرٌ وهو تصرُّفُ الوَصِيِّ، كذلك إذا زالتْ بالبُلُوغِ يَجوزُ أن يَبْقَى لها أَثَرٌ، ولأن مالَ الولدِ يُضافُ إلى الأبِ، وفي بيعِ العُروضِ منفعةٌ للغائبِ؛ لأنها مِمَّا يَتْلَفُ ولا يَبْقَى، فكان[4] بَيْعُها جَمْعًا[5] بينَ المنفعتَيْنِ؛ نفقةُ[6] الوالدِ[7]، وأمنُ هلاكِها

(١) في (أ٢، ح): «تجري»، وفي (ي): «جرت».

(٢) بعده في (ر، ض، ظ، ونسخة بحاشية أ٢): «وقال أبو يوسف، ومحمد: لا يجوز»، وبعده في (س، ي): «وعندهما: لا يجوز».

(٣) بعده في (ي): «في قولهم جميعًا».

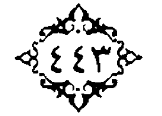
وينظر: «الهداية» (٢/ ٢٩٤)، و«العناية» (٤/ ٤٢٣)، و«البناية» (٥/ ٧٠٩).

(٤) بعده في (أ، ر، س، ع، ي): «في».

(٥) في (ر، ض، ي): «جمع»، وفي (ع، ل): «جميعًا».

(٦) في (ي): «منفعة».

(٧) في (أ): «للوالد»، وفي (ع): «للولد»، وفي (ض، ظ، ل) «الولد».



وليس كذلك العقارُ؛ لأنَّه لا منفعةَ للغائِبِ في بيعِه، ألا ترى أنَّه لا يُخاف عليه الهلاكُ فلذلك لم يَجُزْ بيعُه.

وجْهُ قولِهما، وهو القياسُ: أنَّه لا ولايةَ للأبِ على الغائبِ، فلا يَجوزُ له البيعُ كسائرِ الأقاربِ.

قال: وإن كان للابنِ الغائبِ مالٌ في يدِ أَبَوَيْهِ فأَنْفَقا منه لم يَضْمَنا.

وذلك لأن لهما شُبْهةَ[1] مِلْكٍ في مالِه فجاز لهما تناولُ ما يَحتاجانِ إليه مِن غيرِ إذْنِه، وإنما لم يَلْزَمْهما الضمانُ؛ لأنهما أخَذا ما يَلْزَمُ الابنَ دفعُه إليهما إذا كان حاضِرًا، فإذا جاز لهما أخْذُه مع غَيبتِه فأَخَذاه لم يَضْمَنا كما لو كان لهما عليه دَينٌ فأخَذاه.

قال: وإن كان له مالٌ في يدِ أجنبيٍّ فأَنْفَق عليهما بغيرِ إذْنِ القاضِي ضَمِن.

وذلك لأنَّه دفَعه إلى غيرِ مالِكِه مِن غيرِ ولايةٍ ولا إذْنٍ فلَزِمه الضمانُ كما لو أَنْفَقه على أجنبيٍّ، فأما إذا أَذِن القاضِي[2] فلا ضمانَ؛ لأن القاضِيَ له ولايةٌ في مالِ الغائبِ فإذا أخَذه بإذْنِ مَن له ولايةٌ فيه لم يَضْمَنْ كما لو أخَذه بإذْنِ المالِكِ.

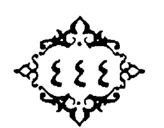
قال: وإذا قضَى القاضِي للولَدِ، والوالِدَيْنِ، وذَوِي الأرحامِ، بالنفقةِ فمضَتْ مدَّةٌ سقَطَتْ إلَّا أن يأْذَنَ القاضِي في الاسْتِدانةِ عليه.

وذلك لأن هذه النفقةَ موضوعةٌ للكفايةِ، وقد حصَلَتْ له[3] الكفايةُ فيما مضَى

(١) في (ح، ض، ظ): «شبه».

(٢) بعده في (ح): «له».

(٣) في (ح): «لهم».



فلم يكن له[1] الرجوعُ بِشَيءٍ[2]، ولا يُشْبِهُ هذا نفقةَ الزوجةِ[3]؛ لأنها تثبُتُ مع الغَناء عن الكفايةِ، ألا تَرى أنها تَجِبُ للزوجةِ الموسِرَةِ، وليس في مُضِيِّ الزمانِ أكثرُ مِن الاستغناءِ فلذلك لم تسقُطْ، فأما إذا أَذِن القاضِي لهم في الاستدانةِ فاستَدانُوا لم يَسْقُطْ [4]لأن ما[4] أخَذوه صار[5] دَيْنًا على الغائبِ بقضاءِ القاضِي، فلا يسقُطُ بعْدَ ذلك كسائرِ الديونِ.

قال: وعلى المولَى أن يُنْفِقَ على عبْدِه وأَمَتِه.

وذلك لما رُوِي عن النبيِّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أنَّه قال في المماليكِ: «إنهم إِخْوانُكُمْ جَعَلَهُمُ اللَّهُ تعالى تَحْتَ أَيْدِيكُمْ، فَأَطْعِمُوهُمْ مِمَّا تَأْكُلُونَ، وَأَلْبِسُوهُمْ[6] مِمَّا تَلْبَسُونَ[7]».

وقال صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ: «لَا يَدْخُلُ سَيِّئُ المَلَكَةِ الجَنَّةَ»[8]. ولا خلافَ في ذلك.

---

(١) في (ح): «لهم».

(٢) ليس في (أ، س، ض، ع)، وفي (ي): «في شيء».

(٣) في (ي): «الزوجات».

(٤-٤) في (أ، ح، غ، ل): «لأنه مال».

(٥) في (أ، ح، غ، ل): «فصار».

(٦) في (أ، ر، ض، ع): «اكسوهم».

(٧) في (ع): «تكسون».

والحديث أخرجه البخاري (٣٠، ٢٥٤٥)، ومسلم (١٦٦١) عن أبي ذر.

(٨) أخرجه الترمذي (١٩٤٦)، وابن ماجه (٣٦٩١) من طريق فرقد السبخي، عن مُرَّة، عن أبي بكر. وقال: «حديث غريب، وقد تكلم أيوب السختياني وغير واحد في فرقد السبخي من قبل حفظه». وينظر: «الكامل» لابن عدي (٤/ ٧٦) (٦/ ٢٧)، و«العلل المتناهية» (٢/ ٧٥٠).

وسيِّئ الملكة هو الذي يسيء صحبة المماليك. ينظر: «النهاية» (٤/ ٣٥٨).

قال: فإن امْتَنع مِن ذلك، وكان لهما كسْبٌ، اكْتَسبا وأَنْفَقا.

وذلك لأنَّا يُمْكِنُنا أن نتوصَّلَ إلى الإنفاقِ على المملوكِ مِن بدلِ منافِعِه مع بقاءِ مِلْكِ المولى فكان أَوْلَى مِن بيعِه.

قال: وإن لم يكن لهما كسْبٌ أُجْبِر المَوْلَى على بَيْعِهما.

وهذا الذي ذكَره مثلُ أن تكونَ جاريةٌ لا يُؤاجَرُ مثلُها، أو يكونَ العبدُ زَمِنًا؛ وذلك لأن الإنفاقَ حقٌّ على المولى يَلْزَمُه الخروجُ منه فيُجْبَرُ عليه كسائرِ الحقوقِ.

فأما ما ذكَره مِن البيعِ فينْبَغِي أن يكونَ على قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ لأنهما يَرَيانِ البيعَ على الحرِّ لأجْلِ حقِّ الغيرِ.

فأما أبو حنيفةَ فإنَّه لا يَرَى جوازَ البيعِ على الحرِّ (١لأجلِ حقِّ الغَيْرِ١)، ولكنه يَحْبِسُه حتى يَبِيعَ إذا استَحَقَّ عليه البيعُ[٢].

وأما البهائمُ فإنَّ مالكَها يؤمرُ بالإنفاقِ عليها فيما بينَه وبينَ اللَّهِ عَزَّوَجَلَّ ولا يُجْبَرُ عليها[٣]، هكذا رواه محمدٌ؛ لأن البهائمَ لا يثبُتُ لها حقٌّ، والإجبارُ إنما يكونُ على حقٍّ ثابتٍ، وإذا لم يُجْبَرْ على ذلك أُفْتِيَ فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى؛ لأن في تَرْكِ الإنفاقِ تعذيبَ الحيوانِ، وقد «نَهَى النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عن تعذيبِ الحيوانِ»[٤].

---

(١) ليس في (ر، س، ض، ظ، ع).

(٢) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٩٥)، و«العناية» (٤/ ٤٢٧)، و«البناية» (٥/ ٧١٣).

(٣) في (ح): «عليه»، وفي (ض): «بيعهما»، وفي (ل): «عليهما».

(٤) قال الحافظ في «الدراية» (٢/ ٨٤): «لم أجده هكذا». وأخرج أبو داود (٥١٥٧) من طريق =



وقد ذكرنا فيما تقدَّم أن النفقةَ عندَنا غيرُ مقدَّرةٍ وكذلك الكسوةُ[1]، وإنما يُعْتَبرُ[2] قدْرُ الكفايةِ، فإذا أراد القاضِي أن يَفرِضَ النفقةَ فإنَّه يَفرِضُها مِن الطعام[3] ما يَكْفِيها كل يومٍ مِن الخُبْزِ والدُّهنِ[4]؛ [5]لأن الخبزَ[5] في الغالِبِ لا يُؤكَلُ إلا بإدامٍ[6]، والدُّهْنُ مِمَّا لا يُسْتَغْنَى عنه، فيَفرِضُ مِن كلِّ واحدٍ مِن ذلك قدْرَ[7] الكفايةِ.

فإذا أراد أن يَدْفَعَ قيمتَه قوَّم ذلك في كلِّ وقتٍ ودفَع إليها، ولا يَجِبُ أن يُقوِّمَ بدراهمَ فيَلْزَمَه في كلِّ وقتٍ تلك القيمةُ؛ وذلك لأن ما يُحتاج إليه مِن الطعامِ [8]والإدامِ، والدُّهنِ[8] تَخْتَلِفُ قيمتُه باختلافِ الأزمانِ، فلو فُرِض في الدراهمِ، ثُمَّ غلا السعرُ كنا قد دَفَعنا إلى مَن تَجِبُ له النفقةُ أقلَّ مِن كفايتِه، وإن رَخُص السعرُ كنا قد أَلْزَمْنا مَن تَجِبُ عليه النفقةُ أكثرَ مِمَّا يَلْزَمُه وذلك لا يَجوزُ، ولكن يَجِبُ أن يَفرِضَ مِن الطعامِ والدُّهنِ[9]، ....

مجاهد، عن مُوَرِّق العجلي، عن أبي ذر مرفوعًا: «ولا تعذبوا خلق اللَّه». قال الدارقطني في «العلل» مسألة (١١٢٠): «ومُوَرِّق لم يسمع من أبي ذر». وينظر: «نصب الراية» (٣/ ٢٧٦)، و«البدر المنير» (٨/ ٦٨٩).

(١) تقدَّم عند قول الماتن: «يُعْتَبرُ ذلك بحالِهما جميعًا»، وقول الشارح: «إن النفقة غير مقدرة».

(٢) في (ح): «نعتبر»، ورسمت بغير نقط في (أ، ض، غ، ي).

(٣) بعده في (ح): «والدهن».

(٤) ليس في (أ، ع)، وفي (ر): «والإدام»، وفي (س): «والأدم».

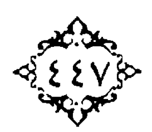
(٥-٥) ليس في (أ٢، ح، ل، ي).

(٦) في (ح): «بالإدام»، وفي (ر): «بالأدم».

(٧) في (ض، ي): «بقدر».

(٨-٨) في (أ٢، ع، غ، ل): «والإدام»، وفي (ح، ض): «والدهن».

(٩) بعده في (ي): «قدر الكفاية».



فإن أراد أن يَدْفَعَ قيمتَه قوَّمه[1] في كلِّ وقتٍ ودفَع القيمةَ.

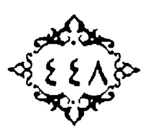
والـذي ذكَره محمدٌ في «الأصـلِ» مِن التقويمِ بالدراهـمِ[2]؛ فليس هو على وجْـهِ التقديـرِ، وإنمـا كان قيمـةُ الطعـامِ ومـا يُحتاج إليـه في ذلك الزمـانِ في كلِّ شـهرٍ بحسَـبِ اختلافِ السـعرِ، والكِسـوةُ أيضًا على هذا يُعْتَبَرُ فيها قدْرُ الكفايةِ في الشتاءِ والصيفِ دُونَ القيمةِ.

والله أعلم

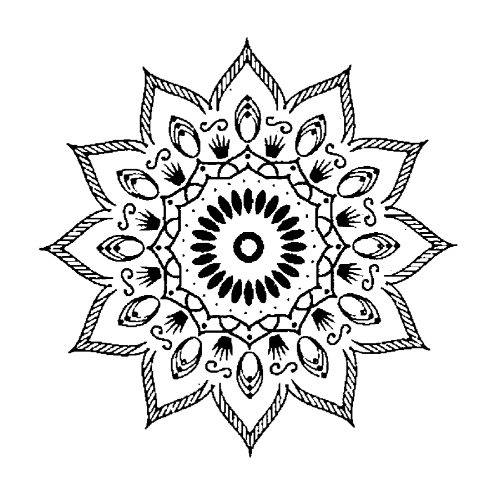
---

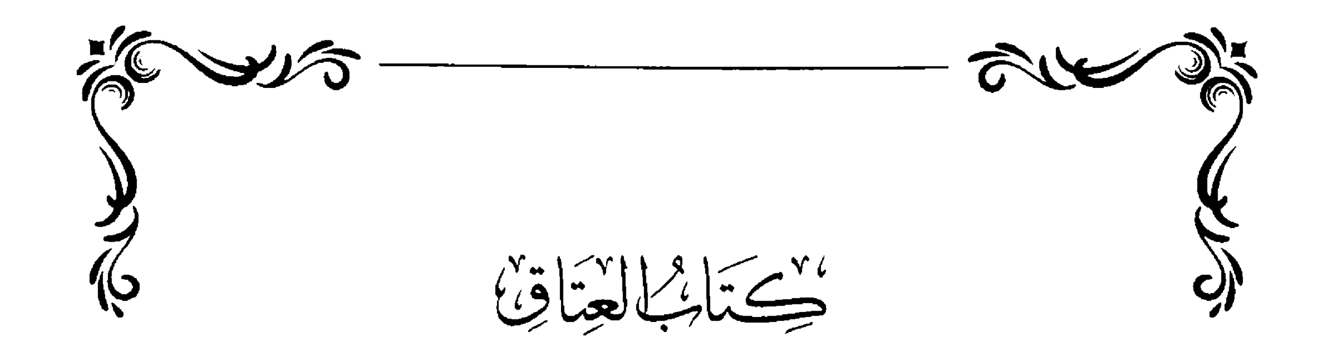
(1) في (س، ي): «قوم».

(2) ينظر: «الأصل» (١٠/ ٣٢٦، ٣٢٨).



كِتَابُ العِتَاقِ





كتاب العتاق

قال الشيخُ الإمامُ[1] أبو نصرٍ أحمدُ بنُ محمدٍ البغداديُّ رَحِمَهُ اللَّهُ[2]:

العِتْقُ عبارةٌ عن إسقاطِ الحقِّ عن الرِّقِّ، وإسقاطُ الحقوقِ يَخْتَلِفُ[3] أسماؤُها باختلافِ أنواعِها؛ فيُقال في إسقاطِ الحقِّ عن البُضْعِ: طلاقٌ، وعن الرِّقِّ: عَتاقٌ، وإسقاطِ ما في الذِّمَّةِ: براءةٌ، وفي إسقاطِ الحقِّ عن القصاصِ والجراحاتِ: عفوٌ.

والدليلُ على وقوعِ العِتْقِ: هو أن اللَّهَ تعالى أَوْجَب علينا العِتقَ في الكفارةِ، فلولا أنه يَصِحُّ وقوعُه لم يُوجِبْه؛ لأن إيجابَ ما لا[4] يُوجَدُ لا يَصِحُّ، ولِما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «أَيُّمَا مُؤْمِنٍ أَعْتَقَ مُؤْمِنًا في الدُّنْيَا أَعْتَقَ اللَّهُ بِكُلِّ عُضْوٍ مِنْهُ عُضْوًا منه مِنَ النَّارِ». رواه ابنُ عبَّاسٍ[5].

---

(١) بعده في (ي): «الزاهد».

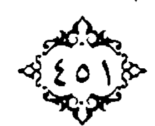
(٢) في (ع): «أدام اللَّه أيامه».

(٣) رسم بغير نقط في (أ، ح، س، ض، ظ، غ، ل)، وفي (ر): «تختلف»، وبالوجهين معًا في (ع).

(٤) في (أ٢، ح، ي): «لم».

(٥) أخرجه الترمذي في «العلل الكبير» (٤٦١)، والطبراني في «الكبير» (١٠/ ٢٧٢) (١٠٦٤٠) من طريق أبي إبراهيم المدني محمد بن أبي حميد، عن عمرة بنت عبيد اللَّه، عن أبيها، عن ابن عباس. وقال الترمذي: «سألت محمدًا عن أبي إبراهيم فقال: هو محمد بن أبي حميد، وهو حماد بن أبي حميد أبو إبراهيم الأنصاري، وهو ضعيف ذاهب الحديث لا أروي عنه شيئًا».

وقد أخرجه البخاري (٢٥١٧)، ومسلم (١٥٠٩/ ٢٤) من حديث أبي هريرة.



وفي حديثِ البراءِ بنِ عازبٍ قال: جاء أعْرابيٌّ إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسولَ اللَّهِ، عَلِّمْني عملًا يُدْخِلُني الجنةَ. فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَئِنْ كُنْتَ أَقْصَرْتَ[1] الخُطْبَةَ لَقَدْ عرَّضْتَ[2] المَسْأَلَةَ؛ أَعْتِقِ النَّسَمَةَ، وفُكَّ الرَّقَبَةَ». قال: أَوَ لَيْسا[3] بواحدٍ؟ قال: «لَا، عِتْقُ الرَّقَبَةِ[4] أَنْ تَنْفَرِدَ بِعِتْقِهَا، وَفَكُّ الرَّقَبَةِ أَنْ تُعِينَ فِي ثَمَنِهَا»[5].

وعن أبي نَجِيحٍ السُّلَمِيِّ قال: حَاصَرْنَا مع رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حِصْنَ الطَّائِفِ فسَمِعْتُه يقولُ: «مَنْ رَمَى بِسَهْمٍ في سَبِيلِ اللَّهِ فَلَهُ دَرَجَةٌ فِي الجَنَّةِ، وَمَنْ شَابَ شَيْبَةً فِي الإِسْلَامِ كَانَتْ لَه نُورًا يَوْمَ القِيَامَةِ، وَأَيُّمَا مُسْلِمٍ أَعْتَقَ رَجُلًا مُسْلِمًا كَانَ وِقَاءَ كُلِّ عَظْمٍ مِنْ عِظَامِهِ عَظْمًا مِنْ عِظَامِ مُحَرَّرِهِ مِنَ النَّارِ»[6]. وهذه الأخبارُ ذكَرها[7] أبو الحسنِ في «جامِعِه» في فَضْلِ العِتْقِ، وأنه مندوبٌ إليه.

---

(١) في (ل، ي): «قصرت»، وهو الموافق لما عند الطيالسي.

(٢) في (ي): «أعرضت»، والمثبت موافق لما عند الطيالسي.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٥): «أعرضت المسألة: أي جئت بالخطبة قصيرة، وبالمسألة واسعة كبيرة».

(٣) في (أ٢، غ، ل): «أوَ ليستا»، وهو الموافق لما في «مسند أحمد»، و«الأدب المفرد».

(٤) في (ي): «النسمة»، وهو الموافق لما في مصادر التخريج.

(٥) أخرجه الطيالسي (٧٧٥)، وأحمد (١٨٦٤٧)، والبخاري في «الأدب المفرد» (٦٩)، والحاكم (٢/ ٢١٧). وقال الحاكم: «صحيح الإسناد».

(٦) أخرجه أبو داود (٣٩٦٥)، والنسائي (٣١٤٥)، وفي «الكبرى» (٤٣٣٥) عن أبي نجيح عمرو ابن عبسة السلمي.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٥): «الوِقاء بكسر الواو، وفتح القاف: ما يصون الشيء ويقيه».

(٧) بعده في (ي): «الشيخ».



قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: العِتْقُ يَقعُ مِنَ الحُرِّ، البَالِغِ، العَاقِلِ، فِي مِلْكِهِ.

أما اعتبارُ العقلِ والبلوغ: فلقولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «رُفِعَ القَلَمُ عَنْ ثَلَاثٍ؛ عَنِ الصَّبِيِّ حَتَّى يَحْتَلِمَ، وَعَنِ المَجْنُونِ حَتَّى يُفِيقَ» الحديث[1]. وهو عامٌّ؛ ولأنه إزالةُ مِلْكٍ فلا يَصِحُّ مِنَ الصبيِّ والمجنونِ كالبيعِ.

وأما اعتبارُ الحريةِ: فلأن العبدَ عندَنا لا يَمْلِكُ شيئًا، والعِتْقُ لا يَقعُ إلَّا في مِلْكٍ.

وأما اعتبارُ المِلْكِ: فلقولِه صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «لَا عِتْقَ إِلَّا فِيمَا يَمْلِكُه[2] ابنُ آدَمَ»[3].

قال: وإذا قال لعَبْدِه أَوْ أَمَتِه: أنتَ حرٌّ، أَوْ مُعْتَقٌ، أَوْ عَتِيقٌ، أو مُحَرَّرٌ، أَوْ قد حرَّرْتُكَ، أَوْ أَعْتَقْتُكَ، فقَدْ عتَقَ، نَوَى المَوْلى العِتْقَ أَوْ لَمْ يَنْوِ.

اعْلَمْ أن الألفاظَ التي يَقَعُ بِها العَتاقُ تَجِيءُ على ثلاثةِ أَضْربٍ؛ صفةٌ، وإخبارٌ، ونِداءٌ.

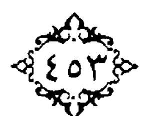
أما الدليلُ على وقوعِه بلفظِ الصفةِ، مثلُ أن يقولَ: أنتَ حرٌّ. فلأنه صريحُ الإيقاعِ؛ ولأنه إذا وصَفه بذلك فالظاهرُ أن الصفةَ موجودةٌ، وذلك لا يكونُ إلا بحصولِ الحرِّيَّةِ.

وأما وقوعُه بلفظِ الإخبارِ كقولِه: قد أَعْتقتُكَ. فلأن أمورَ المسلِمِينَ محمولةٌ على الصحةِ والسلامةِ ما أَمْكَن، والواجِبُ حمْلُ خبرِ المسلِمِ على الصِّدْقِ دُونَ

(١) تقدَّم تخريجه.

(٢) في (ل): «ملكه»، وفي (ي): «يملك».

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٩٠)، والترمذي (١١٨١)، عن عبد الله بن عمرو. وقال الترمذي: «حديث حسن صحيح، وهو أحسن شيء روي في هذا الباب».



الكذبِ، وذلك لا يكونُ إلا بعْدَ وقوعِ الحرِّيَّةِ.

وأما وقوعُه بلفظِ النداءِ كقولِه: يا حُرُّ، ويا عَتِيقُ. فلأن الظاهِرَ أنه موصوفٌ بهذه الصفةِ حِينَ[1] ناداه بها، وذلك لا يكونُ إلا بوقوعِ الحرِّيَّةِ.

وأما قولُه: نوَى المولى العتقَ أو لم ينْوِ. فلأن هذه الألفاظَ صريحٌ في إيقاعِ العِتْقِ، والصريحُ لا يَفتَقِرُ إلى النيةِ.

(٢والألفاظُ التي يَقَعُ بها العِتْقُ؛ منها صريحٌ لا يفتَقِرُ إلى النيةِ٢)، ومنها كنايةٌ لا يَقَعُ به إلا بالنيةِ، فكلُّ ما كان فيه لفظُ الحرِّيَّةِ أو العِتْقِ فهو صريحٌ، وإنما كان كذلك لأن أهلَ اللغةِ استعملوا هذه الألفاظَ في هذا المعْنَى، فكان[3] صريحًا فيه، ولأن الحريةَ عبارةٌ عن إسقاطِ الحقوقِ، يُقالُ: أرضٌ حرَّةٌ، إذا لم يكن عليها خَراجٌ، وإسقاطُ حقوقِ المولى عن مملوكِه إنما يكونُ بِبُطْلانِ رِقِّه، فدَلَّ[4] على أن اللفظَ يقتَضِي ذلك.

قال: وكذلك إذا[5] قال: رأسُكَ حُرٌّ، أو وجْهُكَ[6]، أو رقبَتُكَ، أو بدَنُكَ، أو قال للأَمَةِ[7]: فَرْجُكِ حُرٌّ.

---

(١) في (أ٢، ح، غ، ل): «حتى».

(٢-٢) ما بين القوسين ليس في (ظ، ع، ي).

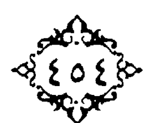
(٣) في (أ، ر، ض، ع): «فصار»، وفي (س): «وكان»، وفي (ي): «وصار».

(٤) بعده في (أ٢، س، ظ، غ، ي): «ذلك».

(٥) كذا في (أ٢، ح، ظ، ونسخة مختصر القدوري)، وفي باقي النسخ: «لو».

(٦) بعده في (ح): «حر».

(٧) في (ي): «لأمته».



وذلك لأن هذا العضوَ يُعَبَّرُ به عن الجملةِ على ما بيَّنَّاه، فصار كأنه قال: أنتَ حُرٌّ، أو جملتُكَ حُرٌّ.

وأما إذا أضاف العَتاقَ[1] إلى جزءٍ شائعٍ فإنه يَقَعُ، وإن أضافه إلى جزءٍ معيَّنٍ لا يُعَبَّرُ به عن الجملةِ فإنه لا يَقَعُ، على ما ذكَرْناه في الطلاقِ.

قال: وإن قال: لا مِلْكَ لي عليكَ. ونوَى به الحريةَ عتَق، وإنْ لم يَنْوِ لَمْ يَعْتِقْ.

وذلك لأن هذا كنايةٌ عن العِتْقِ ألا تَرى أنه يَحْتَمِلُ: لا مِلْكَ لي عليكَ لأني قد بِعْتُكَ، ويَحْتَمِلُ لأني قد أعتقْتُكَ، وإذا احتَمَلَ اللفظُ ذلك لم يَقَعْ[2] إلا بالنِّيَّةِ.

قال: وكذلك جَميعُ[3] كناياتِ العِتْقِ.

لأنها تحتَمِلُ العتقَ وغيرَه فلا تَقَعُ الحرِّيَّةُ بالشَّكِّ ويَقِفُ[4] أمرُها على النِّيَّةِ.

والكنايةُ مِثْلُ قولِه: قد خَرَجْتَ مِن مِلْكِي، ولا سَبيلَ لي عليكَ. أو: قد خلَّيْتُ سبيلَكَ. أو يقولَ لأَمَتِه: قد أَطْلَقْتُكِ؛ لأن جميعَ ذلك يحتَمِلُ العِتْقَ وغيرَه، ولو قال لها: قد طلَّقْتُكِ. ونوَى العِتْقَ لم يَقَعْ[5].

وقد قالوا: لو قال لعبدِه: نسبُكَ حُرٌّ، أو أصلُكَ حُرٌّ[6]. فإن كان يَعْلَمُ أنه

---

(١) في (أ٢، غ، ل، ي): «الإعتاق».

(٢) بعده في (ح): «به».

(٣) ليس في (نسخة مختصر القدوري). وينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ٩٦).

(٤) في (ح، ي): «فيقف».

(٥) في (ح، ي): «تعتق». وينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٥٧)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٤٦، ٥٣، ٥٤)، و«الهداية» (٢/ ٥٠)، و«المحيط البرهاني» (٤/ ٨٧).

(٦) هنا ينتهي الخرم في النسخة (ج)، والذي بدأ في كتاب النكاح، بعد قول المصنف: «وجْهُ =

سَبْيٌ[1] فإنه لا يَعْتِقُ؛ لأن المسْبِيَّ نَسَبُه حُرٌّ فهو صادِقٌ في قولِه، وإن لم يكن سَبيًا[2] عتَق؛ لأنه لا وَجْه هاهنا إلَّا أنه وصَفه بالحرِّيَّةِ فيقَع[3].

ولو قال لعبدِه: أنتَ للَّهِ. لم يَعْتِقْ في قولِ أبي حنيفةَ؛ لأنه موصوفٌ بهذه الصفةِ قبْلَ العِتْقِ وبعْدَه على وجْهٍ واحدٍ، والعِتْقُ إنما يَقَعُ إذا وصَفه بصفةٍ لا يُوصَف بها المملوكُ، وصار هذا كقولِه: أنتَ أسودُ أو طويلٌ.

وقال أبو يوسفَ: إن نوى بذلك العِتْقَ عتَق؛ لأن العِتْقَ يَقَعُ للَّهِ تعالى، فإذا قال: أنتَ للَّهِ. فقد ذكَر ما يَحْتَمِلُ الحرِّيَّةَ فإذا نواها وقَع[4].

ولو قال: أنتَ عبدُ اللَّهِ. ونوَى العِتْقَ لم يَعْتِقْ[5] عندَهما، وهذا ظاهرٌ على ما ذكَرْناه مِن قولِ أبي حنيفةَ، فأما على قولِ أبي يوسفَ فلأن قولَه: أنتَ للَّهِ. هذه اللفظةُ تُستعملُ فيما جُعِل للقُرْبَةِ، وذلك يتضمَّنُ معنى العِتْقِ فيَقَعُ به إذا نوَى، وليس كذلك قولُه: أنتَ عبدُ اللَّهِ. لأنه لا يتضمَّنُ معنى القُرْبةِ فلم يَقَعْ به العِتْقُ[6].

قال: وإن قال لا سُلْطانَ لي عليكَ. ونوَى به العِتْقَ لم يَعْتِقْ.

قولِ أبي حنيفةَ، وزفرَ: أنَّ في نقصانِ المهْرِ إلحاق». تحت قول الماتن: «وإذا تزوَّجتِ المرأةُ ونقَصتْ مِن مهرِها فللأَوْلِياءِ الاعْتِراضُ».

(١) في (أ٢، غ، ل، ي): «مسبي».

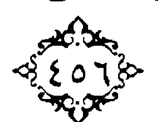
(٢) في (أ٢، غ، ل): «مسبي»، وفي (ي): «مسبيًّا».

(٣) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٥٣)، و«المحيط البرهاني» (٤/ ٨).

(٤) ينظر: «المبسوط» (٧/ ٦٥)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٥٣)، و«المحيط البرهاني» (٤/ ١٣).

(٥) في (ر، ع، غ): «يقع».

(٦) ينظر: «المبسوط» (٧/ ٦٥)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٥٣)، و«المحيط البرهاني» (٤/ ١٣).



وذلك لأن نفيَ السلطانِ لا يُنافِي بقاءَ الرِّقِّ[1]، الدليلُ عليه المكاتَبُ، وإذا كان كذلك لم يُفِدِ اللفظُ الحرِّيَّةَ فلا تَعْمَلُ فيه النيةُ، ولا يُشْبِهُ هذا إذا قال: لا سبيلَ لي عليكِ؛ لأن نفْيَ السبيلِ لا يَبْقَى مع الرِّقِّ، فأفاد اللفظُ الحرِّيَّةَ فعَمِلتْ فيه النيةُ.

ولو قال لعبدِه: توجَّهْ حيثُ شِئْتَ مِن بلادِ اللَّهِ. ونوَى به العِتْقَ لم يَعْتِقْ[2]؛ لأن هذا يُفِيدُ رفْعَ اليدِ، وذلك لا يُنافِي الملْكَ، دليلُه المكاتَبُ، وإذا لم يُفِدِ اللفظُ زوالَ الملْكِ لم تَعْمَلْ فيه النيةُ.

قال: وإن قال: هذا ابْنِي. وثبَت على ذلك، أو: هذا مولايَ. أو يا مولايَ عتَق.

أما قولُه: هذا ابْنِي. فإنه[3] يَقْتَضِي الحرِّيَّةَ، ومَن وصَف مملوكَه بصفةِ الحرِّيَّةِ عتَق عليه[4]، وعلى هذا في روايةِ الحسنِ: إذا وصَفه بصفةِ مَن يَعْتِقُ عليه إذا ملَكه كقولِه: أبي[5]، وعمِّي، وخالِي، وأُمِّي لِما ذكَرْناه[6].

وذكَر في «الأصلِ» أيضًا: أنه يَعْتِقُ في جميعِ ذلك إلا في قولِه: هذا أخي، وهذه أختي، فإنه لا يَعْتِقُ؛ قال: لأن هذه اللفظةَ قد أُبِيح استعمالُها في[7] الشريعةِ

(١) في (ي): «الملك».

(٢) في (س، ظ): «يقع».

(٣) في (أ، ع): «فلأنه»، وفي (ل): «لأنه».

(٤) بعده في (س): «ملكه».

(٥) في (ل، ي): «ابني».

(٦) ينظر: «تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٥٨)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٥٢).

(٧) بعده في (س، ي): «هذه».



على وجْهِ الإكرامِ، قال اللَّهُ تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ تَعْلَمُوٓا۟ ءَابَآءَهُمْ فَإِخْوَٰنُكُمْ فِى ٱلدِّينِ وَمَوَٰلِيكُمْ﴾ [الأحزاب: ٥]. وإذا كان كذلك احتَمل أن يكونَ أراد[1] الإكرامَ فلم يَقَعْ به العِتْقُ، وليس كذلك ما سِوَى هذه الألفاظِ مِن قولِه: عمِّي، وخالِي، وأبي، وابني[2]؛ لأنه لم يُبَحْ في الشرعِ[3] استعمالُه على وجْهِ الإكرامِ، فلم يكن فيه احتمالٌ، فلم يَبْقَ إلا أنه قد حقَّق الصفةَ فيَقَعُ به[4].

وأما قولُه: هذا مولايَ. فقال أصحابُنا: إن هذا صريحٌ في العِتْقِ؛ وذلك لأن هذه اللفظةَ مشترَكةٌ في اللغةِ يُعبَّرُ بها عن النُّصْرةِ، قال اللَّهُ تعالى: ﴿وَأَنَّ ٱلْكَٰفِرِينَ لَا مَوْلَىٰ لَهُمْ﴾ [محمد:١١] أي: لا ناصِرَ لهم.

ويُعَبَّرُ بها عن ابنِ العَمِّ، قال اللَّهُ تعالى حكايةً عن زكريا: ﴿وَإِنِّى خِفْتُ ٱلْمَوَٰلِىَ مِن وَرَآءِى﴾[مريم:٥]. ويُعَبَّرُ بها عن المولى المُعْتِقِ، وهو المولى الأَعْلى، ويُعْبَّرُ بها عن المولى الأَدْنى، وهو الذي أَنْعَم عليه بالعِتْقِ، فإذا قال لعبدِه: هذا مولايَ. لا يجوزُ أن يُحْمَلَ على النُّصْرةِ؛ لأن المولى لا يَسْتَنْصِرُ بعبدِه، ولا يُحمَلُ على أنه أراد به ابنَ العَمِّ؛ لأنه معلومٌ أنه على خِلافِ ذلك، ولا يُحْمَلُ على أنه أراد المولى الأَعْلَى؛ لأن العبدَ لا يُعْتِقُ مولاهُ، فلم يَبْقَ إلا أنه أراد المولى الأَسْفَلَ، وهو الذي أَنْعَم عليه بالعِتْقِ، وهذا صريحٌ في إيقاعِ العِتْقِ، وأما إذا قال: يا مولايَ. فإنه يَعْتِقُ، وقال زفرُ: لا يَعْتِقُ[5].

---

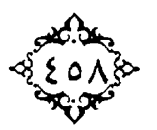
(١) بعده في (ي): «به».

(٢) بعده في (أ٢، ي): «وأمي».

(٣) في (ي): «الشريعة».

(٤) ينظر: «الأصل» (٥/ ٦٧).

(٥) ينظر: «المبسوط» (٧/ ٦٢)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٤٦)، و«الهداية» (٢/ ٢٩٧)، و«البناية» (٦/ ١٢).



لنا: أن هذه اللفظةَ لا تُستعمَلُ مع العبدِ على طريقِ الإكرامِ[1] في العادةِ، فصار كقولِه: هذا مولايَ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن هذا يُستَعْمَلُ على طريقِ التعظيمِ[2] فصار كقولِه: يا سيدِي.

وقد قال أصحابُنا: إنه إذا نادَى[3] بالصفةِ، فإنه لا يَعْتِقُ إلَّا في قولِه: يا مولايَ، ويا مولاتِي، ويا حُرُّ؛ لأن ما سِوَى ذلك يُستَعْمَلُ على طريقِ الإكرامِ في الغالِبِ، ولا يُراد به التحقيقُ، فلم يُحْمَلْ على العِتْقِ مِن غيرِ نيةٍ[4].

فأما قولُه: يا مولايَ. فقد بيَّنَّاهُ.

وأما قولُه: يا حرُّ. فهو صريحٌ في الحرِّيَّةِ؛ لأن ذلك لا يُذْكَرُ على وجْهِ الإكرامِ، بل يُذْكَرُ على وجْهِ الصفةِ فلم يَفْتَقِرْ إلى نيَّةٍ.

قال محمدٌ: إلا أن يكونَ اسمُ العبدِ حُرًّا يُعْرَفُ به فلا يَعْتِقُ؛ لأن المقصودَ مِن النداءِ في الظاهِرِ الاسمُ دُونَ الصفة، فلم يَقَعْ به العِتْقُ[5].

قال: وإن قال: يا ابْنِي. أو يا أَخِي. لم يَعْتِقْ.

وقد بيَّنَّا ذلك.

قال: وإن قال لغُلامٍ له[6] لا يُولَدُ مثلُه لمِثْلِه: هذا ابْنِي. عتَق عَلَيْهِ عند أبي حنيفةَ.

---

(١) في (ي): «الكرامة».

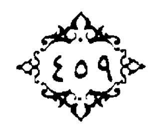
(٢) بعده في (ي): «والكرامة في العادة».

(٣) في (أ٢، س، غ، ل ي): «ناداه».

(٤) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٤٦).

(٥) ينظر: «المبسوط» (٧/ ٦٥)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٤٦).

(٦) ليس في (ض، ي).



وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَعْتِقُ[1]. وبه قال الشافعيُّ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن قولَه: هذا ابْنِي. يتضمَّنُ حريةَ موقِعِه وإثباتَ نسَبٍ، وكلُّ واحدٍ مِن الأَمْرَيْنِ يَنْفَرِدُ عن الآخَرِ، ألا تَرى أن المأذونَ يَشْتَرِي ابنَه فلا يَعْتِقُ عليه، والأجنبيَّ يُعْتِقُ عبدَه ولا نَسَبَ بينَهما، وإذا كان كذلك صار كأنه قال: هذا ابْنِي، وهو حُرٌّ. ولأن الحرِّيَّةَ المتضمِّنةَ للنسَبِ يَجوزُ أن تثْبُتَ وإن لم يَثْبُتِ النسَبُ، كمَن قال لمعروفِ النسَبِ: هذا ابْنِي.

وجْهُ قولِهما: أنه أقَرَّ بالنسَبِ، والحرِّيَّةُ مِن أحكامِه، وقد عَلِمْنا أنه قد كذَب في النسَبِ فلا تثبُتُ الحرِّيَّةُ بحكْمِه[3]، كما لو قال لزوجتِه وهي أكبرُ منه سنًّا[4]: هذه ابنتي، فإن الفُرْقةَ لا تَقَعُ.

الجوابُ: أن هذا الإقرارَ لا يتضمَّنُ فُرْقةَ موقعه، وإنما يقْتَضِي نفْيَ النكاحِ ولا يَقْتَضِي حِلَّه، فإذا لم يثْبُتِ النسَبُ لم يتعلَّق به حكْمُ الفُرْقةِ، والذي يُبَيِّنُ الفَرْقَ بينَهما أنه لو قال لزوجتِه وهي معروفةُ النسَبِ: هذه ابنتي. لم تَقَعِ الفُرْقةُ.

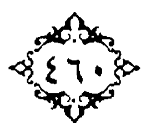
ومِثْلُه لو قال لعبدِه، وهو معروفُ النسَبِ: هذا ابني. وقَع العِتْقُ، وكذلك لو قال لزوجتِه، ومِثْلُها يُولدُ لمثْلِه: هذه ابنتي. ثُمَّ قال: غَلِطْتُ، أو وَهَمْتُ. لم تَقَعِ الفُرْقةُ.

(١) ينظر: «الهداية» (٢/ ٢٩٨)، و«العناية» (٤/ ٤٣٩)، و«البناية» (٦/ ١٥).

(٢) ينظر: «الأم» (٥/ ٣٧)، و«الحاوي» (١١/ ٤٠٦)، و«بحر المذهب» (١١/ ٤٣٥)، و«التهذيب» (٤/ ٢٧٤).

(٣) في (ي): «التي هي من حكمه».

(٤) من (أ٢، ح، غ، ل).



ولو قال لعبدِه: هذا ابني. ثُمَّ قال: وَهَمْتُ[1]، [2]أو أخطأتُ[2]. وقَع العِتْقُ لِما بيَّنَّا.

وقد فرَّق أبو يوسفَ، ومحمدٌ بينَ المعروفِ النسَبِ، وبينَ مَن لا يُولَدُ مثلُه لمثْلِه بأن المعروفَ النسَبِ يَجوزُ أن يكونَ ابنُه مِن الزِّنى، ومَن ملَك ابنَه مِن الزِّنى عتَق عليه.

قال: وإذا قال لأَمَتِه: أنتِ طالِقٌ. يَنْوِي[3] الحُرِّيَّةَ لم تَعْتِقْ.

وقال الشافعيُّ: تَعْتِقُ. وعلى هذا لو قال: أنتِ بائنٌ، أو خَلِيَّةٌ[4]، أو حرامٌ[5].

لنا: أن ما لا يَصْلُحُ أن يُمْلَكَ بلفظِ النكاحِ لا يَزُولُ المِلْكُ فيه بالطلاقِ كالأعيانِ[6]، وعكسُه البُضْعُ، ولأنه لفظٌ يختَصُّ بتحريمِ البُضْعِ، فلا يَقَعُ به العِتْقُ كالظِّهارِ.

فإن قيل: ما صحَّ استعمالُه في الطلاقِ صحَّ استعمالُه في العَتاقِ، أصلُه: لا مِلْكَ لي عَلَيْكِ.

---

(١) بعده في (ح، ظ): «أو غلطت».

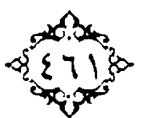
(٢-٢) ليس في (أ، ظ، ي).

(٣) بعده في (ح، ر، ظ، ي): «به».

(٤) بعده في (ي): «أو برية».

(٥) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٢٩٦)، و«الحاوي» (١٠/ ١٦٤)، و«المهذب» (٢/ ٣٦٧)، و«النجم الوهاج» (٧/ ٤٨٨).

(٦) في (ح، ر، ع): «كالإعتاق»، والمثبت موافق لما في «التجريد» (١٠/ ٤٨٥٩)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٥٤).



قيل له: لا يَصِحُّ أن يُقالَ: ما جاز استعمالُه في كذا، جاز استعمالُه في كذا، إلا أن يَبِينَ[1] وجودُ معْنى كلِّ واحدٍ مِن الأَمْرَيْنِ فيه.

والفَرْقُ بينَهما أن الطلاقَ يقتَضِي زوالَ اليدِ، وذلك لا يَجْتَمِعُ مع النكاحِ ويَجْتَمِعُ مع ملْكِ اليَمِينِ، بدلالةِ المكاتَبِ فصحَّ استعمالُه في إزالةِ ما يُنافِيه، ولم يَصِحَّ استعمالُه في إزالةِ ما لا[2] يُنافِيه، وليس كذلك قولُه: لا مِلْكَ لي عليكِ؛ لأنَّه يَصِحُّ استعمالُه في الأَمْرَيْنِ جميعًا؛ لأن زوالَ المِلْكِ لا يَبْقَى معه مِلْكُ النكاحِ ولا مِلْكُ اليمينِ، فلما وُجِد معناه في إزالةِ الأَمْرَيْنِ صحَّ أن يُستَعْمَلَ فيهما.

قال: وإن قال لعبدِه: أنتَ مِثْلُ الحُرِّ. لم يَعْتِقْ.

لأن هذا تشبيهٌ، وتشبيهُ الشيءِ بالشيءِ لا يَقْتَضِي مشاركتَه في كلِّ صفاتِه، فلذلك لم يَعْتِقْ في القضاءِ، ولا فيما بينَه وبينَ اللَّهِ تعالى.

قال: وإن قال: ما أنتَ إلَّا حُرٌّ. عتَق.

لأنه [3]نَفْيٌ وإثباتٌ[3]، وهذا تأكيدٌ للإثباتِ بدليلِ قولِه: لا إلهَ إلَّا اللَّهُ، وإذا تضمَّن ذلك إثباتَ الحرِّيَّةِ وقَع به العِتْقُ.

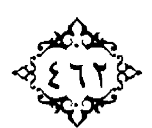
وقد قالوا: لو قال: رأسُكَ رأسُ حُرٍّ. لم يَعْتِقْ؛ لِما ذكَرْنا أنه تشبيهٌ[4]، ولو قال:

(١) في (ح، ظ): «يتبين»، ورسم بغير نقط في (أ، ر، ض، غ، ي).

(٢) ليس في (س، ظ).

(٣-٣) في (أ، ر، ض، ع): «نفى وأثبت».

(٤) قال في حاشية (ح): «لكن بحذف حرف التشبيه قال اللَّه تعالى: ﴿وَهِيَ تَمُرُّ مَرَّ ٱلسَّحَابِ﴾ [النمل:٨٨]. أي: كمر السحاب. وقال الشاعر: =



رأسُكَ رأسُ حُرٍّ. بالتنوينِ[1] عتَق؛ لأن هذا[2] صفةٌ، وليس بتشبيهٍ، ومَن وصَف عبدَه، أو ما يُعَبَّرُ به عن جملتِه بالحرِّيَّةِ فإنه يَعْتِقُ.

قال: وإذا ملَك الرجلُ ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه عتَق عليه.

وقال الشافعيُّ: لا يَعْتِقُ إلا مَن له وِلادٌ[3].

لنا: ما روَى ابنُ عباسٍ، قال: «جاء رجلٌ إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: يا رسولَ اللَّهِ، إني دخلْتُ السوقَ فوجَدْتُ أخي يُباعُ فاشْتَرَيْتُه، وإني أُرِيدُ أن أُعْتِقَه؟ قال: «فَإِنَّ اللَّهَ قَدْ أَعْتَقَهُ»[4]. ولأنه ذو رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِن جهةِ النسَبِ فصار كمَن له وِلادٌ.

فإن قيل: تُقْبَلُ شهادةُ أحدِهما للآخَرِ، أو يَجْرِي القِصاصُ فيما بينَهما فلا يَعْتِقُ عليه، أصلُه ابنُ العَمِّ.

قيل له: هذا يَبْطُلُ بالابنِ إذا قتَل أباه فإن القصاصَ يَجْرِي بينَهما ويَعْتِقُ عليه،

وعيناك عيناها وجيدُك جيدُها سوى أن عظم الساق منك دقيق».

والبيت من الطويل وهو منسوب لمجنون ليلى، وهو في ديوانه (ص ٢٠٦). وينظر: «الزاهر في المعاني» (١/ ٣٥)، و«الكامل في اللغة» (٣/ ٩٩).

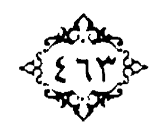
(١) ليس في (س).

(٢) في (أ٢، غ، ل، ي): «هذه».

(٣) ينظر: «الأم» (٤/ ١٢٢)، و«مختصر المزني» (٨/ ٤٠٠، ٤٣٠)، و«الحاوي» (١٨/ ٧٢).

(٤) أخرجه الدارقطني (٤٢٢٧) من طريق العرزمي، عن أبي النضر، عن أبي صالح، عن ابن عباس.

قال الدارقطني: «العرزمي تركه ابن المبارك، ويحيى القطان، وابن مهدي، وأبو النضر هو محمد بن السائب الكلبي المتروك، أيضًا هو القائل: كل ما حدثتُ عن أبي صالح كذب».



وأما اعتبارُ الشهادةِ فلا يَصِحُّ؛ لأن علَّةَ منْعِ الشهادةِ هو التهمةُ، وذلك موجودٌ في حقِّ الابنِ دُونَ الأخِ، وعلَّةُ العِتْقِ عليه هو صلةُ الرَّحِمِ الكامِلِ، وذلك موجودٌ في الأخِ كما هو موجودٌ في الابنِ.

قال: وإذا أَعْتَق المولى بعضَ عبدِه عتَق ذلك البعضُ وسعَى في بَقِيَّةِ قيمتِه لمولاهُ عندَ أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَعْتِقُ كلُّه[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: حديثُ ابنِ عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا[2] له في عَبْدٍ، وكَانَ لَهُ مَالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَ[3] العَبْدِ، قُوِّمَ عَلَيْهِ قيمةَ عَدْلٍ، وأَعْطَى شُرَكاءهُ حِصَصَهمْ، وَعَتَقَ عَلَيْهِ العَبْدُ، وإِلَّا فَقَدْ عَتَقَ عَلَيْهِ مَا أَعْتَقَ[4]».

وروَى سالمٌ، عن أَبيه، أن[5] النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «إِذَا كانَ العَبْدُ بَيْنَ اثْنَيْنِ فَأَعْتَقَ أَحَدُهُمَا نَصِيبَهُ؛ فَإِنْ كَانَ مُوسِرًا قُوِّمَ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ، لَا وَكْسَ[6]، وَلَا شَطَطَ[7]، ....

---

(١) ينظر: «المبسوط» (٨/ ٤٣)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٥٦)، و«الهداية» (٢/ ٣٠١).

(٢) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٥): «الشِّرْك بكسر الشين المعجمة: الحصة والنصيب». ينظر: «النهاية» (٢/ ٤٦٧).

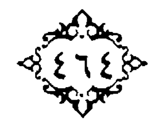
(٣) في (ي): «قيمة».

(٤) في (غ، ي): «عتق». والحديث أخرجه البخاري (٢٤٩١)، ومسلم (١٥٠١/ ١، ٤٧-٤٩)

(٥) في (س، ظ، ي): «عن».

(٦) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٦): «الوَكْس بفتح الواو، وسكون الكاف، وبعدها سين مهملة: النقص».

(٧) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٦): «الشَّطَط بفتح الشين المعجمة، وطاءين مهملتين، الأولى مفتوحة: الجور». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٤٥).



ثُمَّ أُعْتِقَ العَبْدُ»[1]. ولأنَّه إزالةُ ملْكٍ عن الرِّقِّ، فجاز أن يتبعَّضَ كالبيعِ.

وجْهُ قَوْلِهما: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِرْكًا لَهُ فِي عَبْدٍ فَقَدْ عَتَقَ كُلُّهُ؛ لَيْسَ للَّهِ شَرِيكٌ»[2]. ولأن الاستيلادَ حَقُّ الحرِّيَّةِ ولا يَتبعَّضُ، فلأنْ لا تَتبعَّضَ الحرِّيَّةُ أَوْلى.

وقد قال الشافعيُّ: لا يتبعَّضُ في حالِ اليَسارِ، ويتبعَّضُ في حالِ الإعسارِ[3].

لنا: حديثُ ابنِ عمرَ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا[4] لهُ في مَمْلُوكٍ فَعَلَيْهِ عِتْقُهُ كُلُّهُ، إنْ كانَ لهُ مالٌ يَبْلُغُ ثَمَنَهُ، يُقَوَّمُ عَلَيْهِ قِيمَةَ عَدْلٍ، فَإِنْ لم يَكُنْ له مَالٌ عَتَقَ[5] منه[6] ما أعتقَ[7]».

ولأن ما يتبعَّضُ في حالِ الإعْسارِ، يتبعَّضُ في حالِ اليسارِ، أصلُه البيعُ.

فإن قيل: رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي عَبْدٍ

---

(1) أخرجه البخاري (٢٥٢١)، ومسلم (١٥٠١/ ٥٠، ٥١).

(2) أخرجه أبو داود (٣٩٣٣)، والنسائي في «الكبرى» (٤٩٥١ - ٤٩٥٣) من طرق عن قتادة، عن أبي المليح، عن أبيه أسامة الهذلي. وقد اختلف فيه على قتادة، فروي عنه موصولًا مرسلًا، ورجَّح النسائي الإرسال، كما ذكره المزي في «التحفة» (١٣٤)، ورجَّح الطحاوي الموصول كما في «مشكل الآثار» (٢/ ٤٢٥)، وقال الحافظ في «فتح الباري» (٥/ ١٥٩): «إسناد قوي».

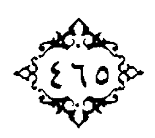
(3) ينظر: «الأم» (٨/ ١٣)، و«الحاوي» (١٨/ ٥)، و«بحر المذهب» (٨/ ١٦١).

(4) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٦): «الشِّقْص بكسر الشين المعجمة، وسكون القاف، وآخره صاد مهملة: الحصة والنصيب». ينظر: «النهاية» (٢/ ٤٩٠).

(5) في (ظ): «أعتق».

(6) في (ح): «عليه».

(7) في (س): «يعتق».



أَوْ أَمَةٍ، وَلَهُ مَالٌ يَبْلُغُ قِيمَتُهُ حِصَصَ شُرَكَائِهِ، فَهُوَ حُرٌّ كُلُّهُ»[1].

قيل له: مَعْنَاهُ: حُرٌّ بَعْدَ مَا أدَّى حِصَصَ شُرَكائِه، والمرادُ بأَخْبارِنا قبْلَ الأداءِ، فيُجْمَعُ[2] بينَ الأخبارِ، وهو أَوْلى مِن إسقاطِ أحدِها.

قال: وإذا كان العبدُ بينَ شَريكَيْنِ فأَعْتَقَ أحدُهما نَصِيبَه عتَق؛ فإن كان مُوسِرًا فشَرِيكُه بالخيارِ عندَ أَبِي حنيفةَ إن شاء أَعْتَق، وإن شاء ضمَّن شريكَه قيمةَ نَصِيبِه، وإن شاء استَسْعى العبدَ، وإن كان المعْتِقُ مُعْسِرًا فالشريكُ بالخيارِ[3] إن شاءَ أَعْتَقَ، وإنْ شاءَ استَسْعى العبدَ[4]، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: ليسَ له إلا الضمانُ مع اليَسارِ، والسِّعايةُ مع الإعسارِ[5].

وهذا مبنيٌّ على تبعيضِ الحرِّيَّةِ، فعندَ أبي حنيفةَ إذا أَعتق أحدُهما عتَق نصيبُه، فإن شاء شريكُه أَعْتَق نصيبَه؛ لأنه على مِلْكِه، فكان له أن يُساوِيَ شَرِيكَه في التصرُّفِ، وإن شاء ضمَّنه قيمةَ نصيبِه؛ لأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَوْجَب على الشريكِ الموسِرِ الضمانَ.

(١) غريب بهذا اللفظ، وأخرج أحمد (٢٠٧١٧)، وأبو داود (٣٩٣٣)، والنسائي في «الكبرى» (٤٩٧٠)، والطحاوي في «شرح المعاني» (٣/ ١٠٧)، وفي «المشكل» (٥٣٨١)، والبيهقي (١٠/ ٢٧٣) من طريق قتادة، عن أبي المليح، عن أبيه أسامة بن عمير الهذلي: «أنَّ رجلًا من هُذَيْلٍ أَعْتَقَ شَقِيصًا لَهُ من مملوكٍ، فقال رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هو حُرٌّ كُلُّهُ، ليسَ للَّهِ شَرِيكٌ». وقال ابن الملقن في «خلاصة البدر المنير» (٢/ ٢٢١): «إسناده على شرط الصحيح».

(٢) في (ح): «فنجمع»، ورسمت بغير نقط أوله في (أ، س، ض).

(٣) بعده في (نسخة مختصر القدوري): «عند أبي حنيفة».

(٤) من (س، ي، ونسخة مختصر القدوري).

(٥) ينظر: «الهداية» (٢/ ٣٠٢)، و«العناية» (٩/ ٢٠٤)، و«البناية» (٦/ ٣٦).

ولأنه أَتْلَف عليه نصيبَه، ألا تَرى أنه لا يَقْدِرُ أن يتصرَّفَ[1] بالتمليكِ فكان له تضمينُه، وإن شاء استَسْعى العبدَ لِما رُوِي في حديثِ أبي هريرةَ، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ مِنْ[2] مملوكٍ فَعَلَيْهِ أَنْ يُعْتِقَهُ كُلَّهُ، إِنْ كَانَ لَهُ مَالٌ، فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ استُسْعِيَ العَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ»[3]. ولأن نَصِيبَه على مِلْكِه فجاز أَخْذُ العِوَضِ عنه مِن العبدِ كالكِتابةِ.

وإذا اختار الشريكُ العِتْقَ أو السِّعايةَ فالولاءُ بينَهما؛ لأن نصيبَ كلِّ واحدٍ منهما عتَق على مِلْكِه، وإذا اختار الضمانَ انتقَل نصيبُه إلى شَريكِه المعْتِقِ، وكان له الخيارُ[4]؛ إن شاء أَعْتَق ما بَقِي؛ لأنه انتقَل إليه بالضمانِ، وإن شاء استَسْعاه[5] في قيمةِ ما بَقِي منه؛ لأن ما بَقِي منه على مِلْكِه، وقد وجَب إخراجُه إلى الحرِّيَّةِ لاستحالةِ أن يُتْرَكَ على الرِّقِّ معَ وقوعِ الحرِّيَّةِ في جُزْءٍ منه، ولا يَجوزُ أن يَلْزَمَه إزالةُ ملْكِه بغيرِ عِوَضٍ فكان له أن يُسْتَسْعَى، وأيَّ الأَمْرَيْنِ اختار كان ولاءُ العبدِ كلُّه له؛ لأنه عتَق[6] على مِلْكِه والولاءُ للمُعْتِقِ.

هذا كلُّه إذا كان المعْتِقُ مُوسِرًا فإن كان[7] مُعْسِرًا فلِشَريكِه خيارانِ؛ إما العِتْقُ أو السِّعايةُ؛ لأن الضمانَ لا يَجِبُ، فيَبقَى[8] له خيارانِ.

---

(١) بعده في (غ، ي): «فيه».

(٢) في (أ، س، غ، ي): «في». وهو موافق لبعض الروايات في مصادر التخريج.

(٣) أخرجه البخاري (٢٥٠٤)، ومسلم (١٥٠٣).

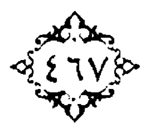
(٤) في (أ، ح، ع): «خياران»، وفي (س، ظ، ل): «خيار».

(٥) في (ي): «استسعى».

(٦) في (أ٢، ح، ظ، غ): «أعتق».

(٧) بعده في (س، ظ، ي): «المعتق».

(٨) في (ح، غ، ل): «فبقى».



(١) ومِن أصحابِنا مَن قال: إن القياسَ أن يَجِبَ الضمانُ، وهو قولُ بِشْرٍ المَرِيسِيِّ؛ لأن ضمانَ الإتلافِ لا يَخْتَلِفُ باليسارِ والإعسارِ، وإنما تَرَكُوا القياسَ لِما قدَّمْناهُ مِن الأخبارِ، وقد فرَّق النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بينَ اليسارِ والإعسارِ(١).

ومِن أصحابِنا مَن قال: إن القياسَ أن لا يَضْمَنَ المعْتِقُ في الوَجْهَيْنِ؛ لأنه تصرَّف في مِلْكِه على وجْهٍ أَضَرَّ بغيره فصار كمَن أَحْرَق دارَه فاحْتَرَقَتْ دارُ جارِه[٢]، وإنما تَرَكوا القياسَ في الموسِرِ وأوجَبُوا عليه الضمانَ بالخبَرِ، هذا كلُّه قولُ أبي حنيفةَ.

وأما على قولِهما: فلا خيارَ للشريكِ؛ لأن المعْتِقَ إن كان مُوسِرًا فقد وجَب عليه الضمانُ، وليس للذي لم يُعْتِقْ أن يستَسْعِيَ العبدَ[٣]؛ لأن نصيبَه قد انتقَل إلى شَرِيكِه وعتَق عليه[٤]، وإن كان المعْتِقُ معْسِرًا فليس للشريكِ إلا السِّعايةُ؛ لأن الضمانَ كان واجِبًا على المعْتِقِ وقد تعذَّر، والمنفعةُ قد سَلِمَتْ للعبدِ فلَزِمه الضمانُ، كالغاصِب وغاصِبِ الغاصِبِ[٥].

وقد قال الشافعيُّ: إذا أعتَق أحدُ الشريكَيْنِ نصيبَه وهو معْسِرٌ، فنَصِيبُ شَرِيكِه على مِلْكِه، يَجوزُ تصرُّفه فيه بالبيعِ والهبةِ[٦].

(١-١) ما بين القوسين ليس في (أ٢، ر، ض، ل). وينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٨٨).

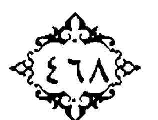
(٢) بعده في (ي): «أيضًا».

(٣) ليس في (أ، ع).

(٤) قال في حاشية (ح): «وليس له أن يعتق نصيبه؛ لأن الإعتاق غير منجز عندهما».

(٥) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٨٨)، و«الهداية» (٢/ ٣٠٢).

(٦) ينظر: «الأم» (٨/ ١٣)، و«الحاوي» (١٨/ ٥)، و«بحر المذهب» (٨/ ١٦١).



وهذا لا يَصِحُّ: لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ أَعْتَقَ شِقْصًا لَهُ فِي[1] عَبْدٍ فَقَدْ عَتَقَ كُلُّهُ لَيْسَ للَّهِ[2] شَرِيكٌ». ولأن الحرِّيَّةَ[3] وقعَتْ في الرقبةِ، وحقُّ الحرِّيَّةِ إذا حصَل في الرقبةِ منَع التمليكَ، فنفْسُ الحرِّيَّةِ أَوْلى.

فإن قيل: تصرُّفُ أحدِ الشريكَيْنِ على وجْهٍ يختَصُّ بنصيبِه لا يَمْنَعُ الشريكَ الآخَرَ مِن التصرُّفِ في نصيبِه، أصلُه إذا باع نصيبَه.

قيل له: المعْنى في الأصلِ أنه لو وُجِد في حالِ اليسارِ لم يَمْنَعْ مِن جوازِ التصرُّفِ في نصيبِه، كذلك إذا وُجِد في حالِ الإعسارِ، والعِتْقُ بخلافِه.

وقد قال الشافعيُّ: لا أَعرِفُ السِّعايةَ في الشريعةِ[4].

والدليلُ على فسادِ ما قاله: حديثُ أبي هريرةَ أنه قال: «فَإِنْ لَمْ يَكُنْ لَهُ مَالٌ اسْتُسْعِيَ العَبْدُ غَيْرَ مَشْقُوقٍ عَلَيْهِ». ولِما رُوِي: «أن مريضًا أَعْتَق عبْدًا له في مَرَضِه، لا مالَ له غيرُه، فأَعْتَق رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ثُلُثَهُ، واستَسْعاهُ في ثُلُثَيْهِ»[5]؛ ولأن نصيبَه على مِلْكِه، فجاز أَخْذُ العِوَضِ عنه كما يَجوزُ بالكتابةِ.

---

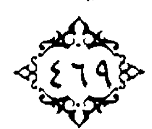
(١) هنا ينتهي الخرم في النسخة (ق)، والذي بدأ في كتاب الرجعة، بعد قول المصنف: «وقوع الإباحة بنفس النكاح. قيل له: لما ذكر اللَّه تعالى النكاح». تحت قول الماتن: «وإن كان الطلاق ثلاثًا في الحرة، أو تطليقتين في الأمة، لم تحل له حتى تنكح زوجًا غيره نكاحًا صحيحًا، ويدخل بها، ثم يطلقها أو يموت عنها».

(٢) بعده في (أ٢، غ، ق، ل، ي): «فيه».

(٣) بعده في (أ٢، ظ، غ، ل): «قد».

(٤) ينظر بنحوه: «الأم» (٧/ ٢٠٨)، و«الحاوي» (١٨/ ٧)، و«بحر المذهب» (٨/ ١٦٣). وقال البيهقي: «وأما الشافعي رَحِمَهُ اللَّهُ فإنه ضعَّف أمر السعاية». ينظر: «السنن الكبرى» (١٠/ ٤٧٥).

(٥) أخرجه عبد الرزاق (١٦٧١٨)، وأبو داود في «المراسيل» (٣٥٢، ٣٥٣) عن أبي قلابة مرسلًا.



فإن قيل: إن الكتابةَ لا تَلْزَمُ العبدَ إلا بِرِضاهُ، فكان يَجِبُ أن لا تَلْزَمَه السِّعايةُ إلا برضاهُ.

قيل له: الكتابةُ تثبُتُ بالعَقْدِ فافتقَرَتْ إلى التراضِي، والسِّعايةُ تَلْزَمُ مِن طريقِ الحكْمِ فجاز أن لا تَقِفَ على الرِّضا.

فإن قيل: الجانِي هو الشريكُ دُونَ العبدِ، وفي حالِ الإعسارِ لا ضمانَ على الشريكِ، فلأنْ لا يَجِبَ على العبدِ أَوْلَى.

قيل له: هذا يَبْطُلُ بالعاقلةِ مع القاتلِ، ثُمَّ العبدُ قد سَلِم له ما تعلَّق[1] به حقُّ الشريكِ فصار بمنزلةِ غاصِبِ الغاصِبِ، فيَجوزُ أن يَلْزَمَه الضمانُ[2].

قال: وإذا اشْتَرى رجلانِ[3] ابنَ أحدِهما عتَق نصيبُ الأبِ ولا ضمانَ عليه[4]، وكذلك إذا وَرِثاه، والشريكُ بالخيارِ؛ إنْ شاء أَعْتَق نصيبَه، وإنْ شاء اسْتَسْعى[5].

أما إذا وَرِثاه فلا خلافَ فيه بينَ أصحابِنا؛ لأنه دخَل في مِلْكِه بغيرِ فِعْلِه،

---

(١) في (ي): «يتعلق».

(٢) هنا ينتهي الخرم المشار إليه في النسخة (ش)، والذي بدأ في كتاب النفقات بعد قول المصنف: «وليس لها أن تنقله إلى دار الحرب». تحت قول الماتن: «وإذا أرادتِ المُطلَّقةُ أن تَخْرُجَ بولَدِها مِن المِصْرِ فليس لها ذلك».

(٣) بعده في (أ٢، ي): «عبدًا وهو».

(٤) بعده في (ش): «علم الآخر أنه ابن شريكه أو يعلم».

(٥) بعده في (ش، ي): «العبد».

تنبيه: في هذا الموضع تسوق (ش) عبارات المصنف بالمعنى، ولذا فقد أهملنا فروقها نظرًا لكثرة اختلاف العبارة بينها وبين باقي النسخ، والذي يظهر أن النسخة قد اختلطت بغيرها من شروح «المختصر» فنفس المصنف وطريقته متباينتان في هذا الموضع، والله أعلم.



فلم يُوجَدْ منه إتلافٌ فلا يَلْزَمُه الضمانُ، وأما إذا اشْتَرَياهُ فقال أبو حنيفةَ: لا ضمانَ على الأبِ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَضْمَنُ الذي عتَق عليه نصيبَه إن كان مُوسِرًا[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الملْكَ لا يَسْلَمُ لِواحدٍ[2] منهما إلا بقبولِ الآخرِ، فصار دخولُهما في العقدِ إذْنًا مِن كلِّ واحدٍ منهما لصاحبِه في القبولِ، والقبولُ سببُ العتقِ، وسببُ العِتقِ إذا أَذِن فيه الشريكُ لم يتعلَّق به الضمانُ، كما لو أَذِن أحدُ الشريكَيْنِ للآخرِ أن يُعْتِقَ نصيبَه.

وجْهُ قولِهما: أن الدخولَ في الشراءِ إذنٌ في القبولِ، والقبولُ سببُ الملْكِ، والملْكُ سبَبُ العِتقِ، فسببُ العِتْقِ غيرُ مأذونٍ فيه فيتعلَّقُ به الضمانُ، وعلى هذا الخلافِ إذا وُهِب العبدُ لهما فقَبِلاه، وإذا ثبَت لأبي حنيفةَ أنه لا ضمانَ على الأبِ بَقِي لشريكِه خيارانِ العِتْقُ أو السِّعايةُ.

قال: وإذا شَهِد كلُّ واحدٍ مِن الشريكَيْنِ على الآخرِ بالحرِّيةِ[3] سعَى[4] العبدُ لكلِّ واحدٍ منهما في نَصِيبِه؛ مُوسِرَيْنِ كانا أو مُعْسِرَيْنِ عندَ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: إن كانا مُوسِرَيْنِ فلا سِعايةَ[5]، وإن كانا مُعْسِرَيْنِ

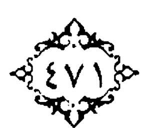
(١) ينظر: «الهداية» (٢/ ٣٠٤)، و«العناية» (٤/ ٤٧٥)، و«البناية» (٦/ ٤٧).

(٢) في (ي): «لكل واحد».

(٣) بعده في (س): «عتق العبد و».

(٤) في (ح، ر، س): «يسعى».

(٥) بعده في (ي): «عليه».



سَعى لهما، وإن كان أحدُهما مُوسِرًا والآخَرُ مُعْسِرًا سعَى للمُوسِرِ، ولم يَسْعَ للمُعْسِرِ(١).

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن كلَّ واحدٍ منهما يَزْعُمُ أن شَرِيكَه أَعْتَق نصيبَه، وأن له الضمانَ أو السِّعايةَ، وقد تعذَّر الضمانُ حينَ لم يُصَدِّقْه فبَقِيتِ السعايةُ، ولا فرْقَ عندَ أبي حنيفةَ بينَ اليسارِ والإعسارِ.

فأما على قولِهما، وهو قولُ زفرَ: فإن كانا مُوسِرَيْنِ؛ فكلُّ واحدٍ منهما يَزْعُمُ أن شريكَه أَعْتَقَ، وأن له عليه الضمانَ، وأنه لا سِعايةَ له على العبدِ، وقولُه غيرُ مقبولٍ على شريكِه في وجوبِ الضمانِ فلم يثبُتْ، وقولُه مقبولٌ في براءةِ العبدِ مِن السِّعايةِ فيَبْرَأُ.

وإن كانا مُعْسِرَيْنِ؛ فكلُّ واحدٍ مِن الشريكَيْنِ يَزْعُمُ أن شَرِيكَه أَعْتَق وهو مُعْسِرٌ، وأنه(٢) لا حقَّ له في تَضْمِينِه، وإنما حقُّه في استِسعاءِ العبدِ، فيكونُ له ذلك؛ لأن نصيبَه على ملْكِه.

وإن كان أحدُهما مُوسِرًا والآخَرُ مُعْسِرًا؛ سعَى للمُوسِرِ ولم يَسْعَ للمُعْسِرِ؛ لأن المؤسِرَ يَزْعُمُ أن شريكَه(٣) أَعْتَق وهو مُعسِرٌ، وأنه لا ضمانَ له عليه وإنما له السِّعايةُ، والمعسِرُ يَزْعُمُ أن شريكَه قد أَعْتَقَ وهو مُوسِرٌ، وأن حقَّه في تَضْمِينِه ولا حقَّ له في سِعايةِ العبدِ، وقولُه لا يُقْبَلُ على شريكِه فلا يَلْزَمُه الضمانُ، ويُقبلُ قولُه في إبراءِ العبدِ مِن السِّعايةِ، فلا يكونُ له شيءٌ.

(١) ينظر: «الهداية» (٢/ ٣٠٣)، و«العناية» (٤/ ٤٧٠)، و«البناية» (٦/ ٤٣).

(٢) في (أ، ظ، ع): «لأنه».

(٣) بعده في (س، ض): «قد».



وقد قال أصحابُنا: هذا كلُّه بعد أن يَحْلِفَ كلُّ واحدٍ منهما على دعْوى صاحبِه؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما يدَّعِي على الآخَرِ الضمانَ، والضمانُ مِمَّا يَصِحُّ بذْلُه فيُستَحْلَفُ[1] عليه[2].

وقالوا: إنه عبدٌ[3] عندَ أبي حنيفةَ حتى يُؤدِّيَ[4]، على أصلِه أن المستَسْعَى في حكْمِ المكاتَبِ.

فأما على قولِهما: فهو حُرٌّ؛ لأن كلَّ واحدٍ مِن الشريكَيْنِ يَزْعُمُ أنه حُرٌّ مِن جهةِ الآخَرِ؛ لأن الحريةَ عندَهما لا تتبعَّضُ، وعِتْقُ أحدِهما لِنَصِيبِه[5] عِتْقٌ لجميعِ العبدِ، وكلُّ مَن أقرَّ بالحرِّيَّةِ في ملْكِه نفَذ، وثبوتُ السِّعايةِ لا يَمْنَعُ مِن[6] نفوذِ العِتْقِ.

ولم يذكُرْ صاحِبُ «الكتابِ»: إذا شَهِد أحدُهما على صاحبِه، ونحنُ نُبيِّنُ ذلك فنقولُ: إذا شَهِد أحدُ الشريكَيْنِ على صاحبِه أنه أَعْتَق نصيبَه لم تُقْبَلِ الشهادةُ؛ لأن العِتْقَ لا يثبُتُ بقولِ الواحدِ.

ولو كان الشركاءُ ثلاثةً فشَهِد اثنانِ على صاحبِهما أنه أَعْتَق نصيبَه لم يُقْبَلْ أيضًا؛ لأنهما يُثْبِتانِ بها لأنفسِهما حقَّ الضمانِ، ولا يَعْتِقُ نصيبُ الشاهِدِ؛ لأنه لم يَعْتَرِفْ فيه[7] بالعِتْقِ، وإنما اعْتَرَف بِعِتْقِ نصيبِ شريكِه، وثبوتِ حقِّ الحرِّيَّةِ

---

(١) بعده في (س): «بالله».

(٢) ينظر: «البناية» (٦/ ٤٤)، و«البحر الرائق» (٤/ ٢٥٧).

(٣) ليس في (ظ، ع).

(٤) بعده في (ي): «لأن».

(٥) في (ي): «لبعضه».

(٦) ليس في (أ، ر، ض، ع).

(٧) في (س): «به».



في نصيبِه، وأنه لا يَجوزُ له التصرُّفُ فيه بالتمليكِ، وقولُه مقبولٌ على نفْسِه غيرُ مقبولٍ على غيرِه، ولا ضمانَ عليه لشريكِه؛ لأنه لم يُوقِعِ العِتْقَ وإنما اعْتَرَف به على غيرِه والذي يثبُتُ في نصيبِه مِن حقِّ الحرِّيَّةِ إنما يثبُتُ مِن غيرِ مباشرةٍ، ومثْلُ ذلك لا يُوجِبُ الضمانَ، كمَن وكَّل رجلًا بعِتْقِ نصيبِه فأَعْتَقه، فإنه لا يَضْمَنُ؛ لأنه لم يُباشِرِ العِتْقَ.

ومِن أصلِ أبي حنيفةَ: أن السِّعايةَ تثبُتُ في حالِ اليسارِ والإعسارِ، وفي زعمِ الشاهِدِ أن شريكَه قد أَعْتَق، وأن له حقَّ الضمانِ أو السِّعايةِ، وقد تعذَّر الضمانُ حين لم يُقْبَلْ قولُه عليه، فبَقِي حقُّ السِّعايةِ، فيَسْتَسْعِيه في نصيبِه[1] هذا حكمُ الشاهِدِ، فأما المنكِرُ ففي زعمِه أن نصيبَه على مِلْكِه وقد تعذَّر تصرُّفُه فيه لأجلِ إقرارِ شريكِه، فكان له أن يَسْتَسْعِيَ العبدَ في قيمةِ نصيبِه.

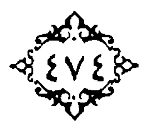
وأما على قولِ أبي يوسفَ، ومحمدٍ، وهو قولُ زفرَ: أن السِّعايةَ لا تثبُتُ مع اليسارِ، فإن كان المشهودُ عليه مُوسِرًا فلا سِعايةَ للشاهِدِ على العبدِ؛ لأنه يَزْعُمُ أنه عتَق بعِتْقِ شريكِه، وأنه لا حقَّ له إلا الضمانُ، فلا يُقْبَلُ قولُه على شريكِه في الضمانِ، ويُقْبَلُ قولُه في براءةِ العبدِ مِن وجوبِ السِّعايةِ، وإن كان المشهودُ عليه مُعْسِرًا، فلِلشاهِدِ أن يَسْتَسْعِيَ العبدَ؛ لأن السِّعايةَ عندَهما تثبُتُ مع الإعسارِ.

وأما المشهودُ عليه فيَسْتَسْعِي بكلِّ حالٍ؛ لأن نصيبَه على مِلْكِه، ولم يَعْتَرِفْ بسقوطِ حقِّه مِن السِّعايةِ.

وإذا ثبَت ما ذكَرْناه، قال أبو حنيفةَ: فإن أَعْتَق كلُّ واحدٍ منهما بَعْدَ ذلك نصيبَه

---

(١) في (س، ظ، ي): «حصته».



جاز والوَلاءُ بينَهما؛ لأن المشهودَ عليه نصيبُه على مِلْكِه وكذلك الشاهِدُ، فينفُذُ عتقُهما ويثبُتُ الولاءُ لهما، وكذلك إن استَسْعيا[1] فالولاءُ لهما.

وعلى قولِهما: الولاءُ موقوفٌ؛ لأن الشاهِدَ يَزْعُمُ أن جميعَ الوَلاءِ لِشَرِيكِه وشَرِيكُه يَجْحَدُ ذلك، فوقَف نصفُ الولاءِ[2].

قال: ومَن أَعْتَق عبدَه لوجْهِ اللَّهِ تعالى، أو للشيطانِ، أو للصنَمِ عتَق.

أما إذا قال: لوَجْهِ اللَّهِ تعالى. فلا شُبهةَ في وقوعِ العِتْقِ به؛ لأنه صرَّح بوقوعِ العِتْقِ، وذِكْرُ اللَّهِ تعالى ليس بشرْطٍ وإنما هو تأكِيدٌ يُبَيِّنُ به أنه قصَد القُرْبَةَ.

وأما إذا قال: للشيطانِ. فيَقَعُ أيضًا؛ لأنه صرَّح بالحرِّيَّةِ ونفَى عنها القُربةَ، وانتفاءُ القُربةِ لا يَمْنَعُ مِن وقوعِ الحرِّيَّةِ[3]، كما لو أَعْتَقَه على مالٍ.

وعلى هذا قالوا: لو قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ مِن هذا العملِ، أو أنتَ حُرٌّ اليومَ. عتَق في القضاءِ؛ لأن المعْتَقَ في زمانٍ مُعْتَقٌ في كلِّ زمانٍ، والمعْتَقُ مِن عملٍ مُعْتَقٌ مِن كلِّ عملٍ.

قال: وعِتْقُ المُكْرَهِ والسَّكْرانِ واقِعٌ.

لأنه عِتْقٌ مِن مكلَّفٍ صادَفَ مِلْكَه فوقَع كغيرِ المكْرَه والسكرانِ، والخلافُ في ذلك مثْلُ الخلافِ في طلاقِهما، وقد تقدَّم بيانُه.

قال: وإذا أضاف العِتَقَ إلى مِلْكٍ[4] أو شَرْطٍ صَحَّ كما يَصِحُّ في الطلاقِ.

---

(1) في (ي): «استسعياه».

(2) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ٩٧).

(3) في (أ٢، ح، غ، ل): «العتق».

(4) في (أ، ض، ظ، ع، ي): «ملكه».



أما إضافتُه إلى الشرْطِ فمِثْلُ أن يقولَ: أنتَ حُرٌّ إنْ دخَلْتَ الدارَ. فيَصِحُّ لِما بيَّنَّا أن المعلَّقَ كلامَه بالشرْطِ كالمتكلِّمِ عندَ وجودِ الشرطِ، بدليلِ أن حكْمَ كلامِه يثبُتُ بعْدَ وجودِ الشرْطِ، فيَصِيرُ كأنه أُوقِعَ عندَ وجودِ الشرْطِ، فيَقَعُ.

وأما إذا أضافه إلى الملْكِ فيَصِحُّ أيضًا، وقال الشافعيُّ: لا يَصِحُّ[1].

لنا: أنه يَصِحُّ في المجهولِ ويتعلَّقُ بالخطَرِ، فجاز أن يُضافَ إلى الملْكِ كالوصيةِ والنذْرِ، وقد بيَّنَّا ذلك في كتابِ الطلاقِ أيضًا.

وقد قال أصحابُنا: إذا قال الرجلُ: كلُّ مملوكٍ أَمْلِكُه فهو حُرٌّ. ولا نيةَ له، فهو على كلِّ مملوكٍ يَمْلِكُه يومَ قال هذه المقالةَ، ولا يَعْتِقُ مَن استَقْبَلَ مِلْكَه بعْدَ ذلك؛ لأن قولَه: أملكُ. يَحْتَمِلُ الحالَ ويَحْتَمِلُ الاستقبالَ، والظاهِرُ منه[2] الحالُ[3].

ألا ترى أن الإنسانَ يقولُ: أنا أَمْلِكُ ألفَ دِينارٍ[4]. فيُصَدَّقُ في خَبَرِه[5] ولا يُكذَّبُ، ولو حُمِلَ خبرُه[5] على الاستقبالِ لم يُعْلَمْ صِدْقُه، وكذلك يقولُ: أنا أشهَدُ أن لا إلهَ إلا اللَّهُ. فيُحكَمُ بإسلامِه، وإذا كان الظاهِرُ مِن ذلك الحالَ حُمِلَ عليه، ولم يُحْمَلْ[6] على المستَقْبَلِ مِن غيرِ دليلٍ.

---

(١) ينظر: «الأم» (٧/ ١٤٥)، و«بحر المذهب» (٨/ ٢٢٠).

(٢) في (أ، ض): «فيه».

(٣) ينظر: «الأصل» (٥/ ٧٦)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٦٧)، و«المبسوط» (٧/ ٧٩)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٦٧).

(٤) في (ح): «درهم».

(٥) في (ع): «حاله».

(٦) في (أ، ع): «يحكم».



ويَعْتِقُ كلُّ مَن كان في مِلْكِه مِن ذكَرٍ أو أُنْثَى؛ لأن اسمَ المملوكِ عامٌّ فيهما، ويَعْتِقُ أيضًا المدبَّرُ، وأُمُّ الولدِ، ووَلَدَيْهما[1]؛ لأنهم مماليكُه، ولا يَعْتِقُ المكاتَبُ إلا أن يَنْوِيَه؛ لأنه خرَج مِن يدِه بعقدِه على الرقبةِ فصار كعبدِ[2] المبيعِ.

وأما إذا نواه فإنه يَعْتِقُ؛ لأنه على ملْكِه، وإنما لم يَعْتِقْ إذا لم يَنْوِهِ؛ لأن الاسمَ في الظاهِرِ لا[3] يَتناوَلُه، فإذا نواه فقد شدَّد على نفْسِه، فيَعْتِقُ[4] عليه.

وقد قالوا: إنه لا يَدْخُلُ في ذلك العبدُ المشتَرَكُ؛ لأن اسمَ المملوكِ لا يَتناوَلُه، ويدخُلُ في ذلك العبدُ المرهونُ والمأذونُ له في التجارةِ[5].

قال: وإذا خرَج عبْدٌ مِن دارِ الحَرْبِ إلينا مُسلِمًا عتَق.

وذلك لما رُوِي: أن عَبِيدَ أهلِ الطائفِ خرَجوا إلى[6] النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ مُسْلِمِينَ، فطلَب المسلِمُونَ قِسْمَتَهم، فقال النبي صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هُمْ[7] عُتَقاءُ اللَّهِ»[8].

---

(١) في (ر، ي): «ولداهما».

(٢) في (أ٢): «كعقد»، وفي (ر): «كعبده»، وفي (ض، ي): «كالعبد».

(٣) في (أ٢، ح، غ، ل): «لم».

(٤) في (ر، ض، ع، ل): «فعتق».

(٥) ينظر: «البحر الرائق» (٤/ ٢٧٦)، و«مجمع الأنهر» (١/ ٥٧٣).

(٦) بعده في (ض): «معسكر».

(٧) ليس في (ح، غ، ل).

(٨) أخرجه أحمد (١٩٥٩)، وأبو يعلى (٢٥٦٤)، والطبراني في «الكبير» (١١/ ٣٨٧) (١٢٠٧٩)، والبيهقي (٩/ ٢٢٩) من طريق الحكم، عن مقسم، عن ابن عباس.

وأخرجه أبو داود في «المراسيل» (٣٦٨) عن عبد ربه بن الحكم. قال عبد الحق في «الأحكام =



قال: وإذا أَعْتَق جاريةً حامِلًا عتَق حمْلُها.

وذلك لأن الحملَ في حكْمِ عضوٍ مِن أعضائِها، بدليلِ أنه لا يَصِحُّ إفرادُه بالبيعِ كما لا يَصِحُّ إفرادُ عضوٍ منها بالبيعِ، وإذا كان كذلك عتَق بعتْقِها كسائرِ أجزائِها.

قال: وإن أَعْتَق الحَمْلَ خاصةً عتَق، ولم تَعْتِقِ الأُمُّ.

وذلك لأن الحمْلَ يَعْتِقُ بِعِتْقِ الأُمِّ باتفاقٍ، فلأَنْ يَعْتِقَ إذا أَفْرَده بالحرِّيَّةِ أَوْلى؛ ولأن الحمْلَ إنما لم يَصِحَّ[1] عليه العقودُ لِما فيه مِن الخَطَرِ وتعذُّرِ التسليمِ، والعِتْقُ لا يَنْفِيه الخَطَرُ وتعذُّرُ التسليمِ، بدليلِ جوازِ عتقِ العبدِ الآبِقِ، وإنما لم تَعْتِقِ الأُمُّ بعِتْقِه؛ لأن المولَى لم يُعْتِقْها، فلو أَعْتَقْناها[2] كان على وَجْهِ التَّبعِ للحَمْلِ، والأُمُّ لا تَتْبَعُ الحمْلَ، والحمْلُ يَتْبَعُ الأُمَّ.

وإذا ثبَت هذا، قُلنا: إذا قال لأَمَتِه: ما في بَطْنِكِ حُرٌّ. فجاءَت بولدٍ لأقلَّ مِن ستةِ أشهُرٍ منذُ قال ذلك عتَق؛ لأَنَّا قد تيقَّنَّا وجودَ الولدِ عندَ الإيقاعِ فعتَق، فإن جاءَتْ به لأكثرَ مِن ستةِ أشهُرٍ منذُ قال[3] لم يَعْتِقْ؛ لأنه لا يُتيقَّنُ[4] وجودُه[5] لجوازِ

الوسطى» (٤/ ١٤): «هذا مرسل وليس إسناده بقوي».

وأخرجه بنحوه أبو داود (٢٧٠٠)، والترمذي (٣٧١٥)، والنسائي في «الكبرى» (٨٣٦٢) من طريق منصور، عن ربعي، عن علي. قال الترمذي: «حسن صحيح غريب، لا نعرفه إلا من هذا الوجه من حديث ربعي، عن علي». وينظر: «مغازي الواقدي» (٣/ ٩٣٢)، و«نصب الراية» (٣/ ٢٨٠، ٢٨١).

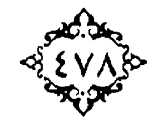
(١) في (ح، ي): «تصح»، ورسمت بغير نقط في (أ، ض).

(٢) في (ي): «أعتقها».

(٣) بعده في (ي): «ذلك».

(٤) في (أ٢): «نتيقن».

(٥) في (ي): «بوجوده».



أن يكونَ الحمْلُ ستةَ[1] أشهرٍ، فإن ولَدَتْه بعْدَ القولِ بيوم ميِّتًا لم يَعْتِقْ؛ [2]لأنَّا لا نَعْلَمُ[2] حياتَه عندَ الإيقاعِ، والعِتْقُ لا يَقَعُ إلا في حيٍّ فلا نُعْتِقُه[3] بالشَّكِّ.

قال: وإذا أَعْتَق عبدَه على مالٍ فقَبِل العبدُ عتَق ولَزِمه المالُ[4].

والدليلُ على جوازِ العِتْقِ على مالٍ: أن العِتْقَ إسقاطُ حقٍّ فيه معْنى المالِ، ألا ترَى أن مَن أَعْتَق عبدَه في مَرَضِه ولا مالَ له غيرُه لَزِمه المالُ، وهو السِّعايةُ مِن غيرِ شرْطٍ، وما كان فيه معْنى المالِ فإنه يَجوزُ[5] أخْذُ العِوَضِ عنه، كالصُّلْحِ مِن العيبِ على مالٍ.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ[6]: مِثْلُ أن يَقُولَ لعبدِه: أنتَ حُرٌّ على ألفٍ، أو بألفٍ، أو على أن تُعْطِيَنِي ألفًا، أو على أن لي عليكَ ألفًا، فإذا قَبِل العبدُ في جميعِ ذلك عتَق الساعةَ[7] حينَ قَبِل، ولَزِمه ما شرَط.

---

(١) في (ي): «لستة».

(٢) في (ي): «لأنه لا تعلم».

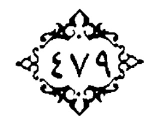
(٣) رسمت بغير نقط في (أ، ض، ظ)، وفي (س، ي): «يعتق»، وفي (ع): «يعتقه».

(٤) ينظر: «الأصل» (٥/ ١٣٥، ١٣٦)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٢٦٨) و«المبسوط» (٧/ ١٤٢)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٧٣- ٧٥).

(٥) بعده في (ي): «فيه».

(٦) يعني: المصنف رَحِمَهُ ٱللَّهُ، وليس هذا من كلام الماتن، والأكثر يسوقه مساق الشرح، ولم أهتد لنسخة من المتن فيها هذه الزيادة، ولا فعل ذلك أصحاب المصنفات التي شرحت «المختصر»، وذلك ظاهر صنيع النساخ في هذا الموضع؛ حيث سبك بعضهم الكلام من غير (قال)، ونبه بعضهم بوضع صيغة الترحم بعد القول، وأثبت بعضهم القول وهو يترك بياضًا مكان كلمة (قال) التي يضعها المصنف قبل المتن، وكتبها بعضهم بالمداد الأسود، وهو يثبت القول بالمداد الأحمر، فالله أعلم.

(٧) في (ر): «ساعة»، وكتب في حاشية (ع): «في الحال»، وفي (ي): «ولزمته السعاية».



وذلك لأنه[1] أزال مِلْكَه عن الرِّقِّ بِعِوَضٍ، فزال مِلْكُه بقبولِ العِوَضِ، كما لو باعه، وكما لو طلَّق امرأتَه بِعِوَضٍ.

ولا يُشْبِهُ هذا إذا قال: إذا أدَّيْتَ إليَّ ألفًا فأنتَ حُرٌّ. أنه لا يَعْتِقُ حتى يُؤدِّيَ المالَ؛ لأنَّه علَّق العِتْقَ بحصولِ العِوَضِ، فلا يَعْتِقُ قبْلَه كما لو علَّقه بدخولِ الدارِ، وفي مسألتِنا أزال مِلْكَه عن الرِّقِّ بِعِوَضٍ، فإذا ملَك العِوَضَ وقَع العِتْقُ، والعِوَضُ يُمْلَكُ بقبولِ العبدِ؛ لأنه لا يَجوزُ أن يَلْزَمَه ذلك بغيرِ رِضاهُ، فإذا قَبِل ملَك عليه العِوَضَ فوقَع العِتْقُ.

قال: ولو قال: إنْ أدَّيْتَ إليَّ [2]ألفَ دِرْهَمٍ[2] فأنتَ حُرٌّ صَحَّ وصار مأْذُونًا.

أما الدليلُ على صحةِ ذلك: فلأنه عِتْقٌ على مالٍ، وقد دلَّلنا على صحتِه.

وقد قال أصحابُنا: إن العِتْقَ على مالٍ في حكْمِ الكتابةِ[3] مِن وجْهٍ، وفي حكْمِ اليَمِينِ مِن وجْهٍ؛ لأنه عِتْقٌ[4] مُعلَّقٌ بِعِوَضٍ فصار كالكتابةِ[5] وليس بكتابةٍ[6]؛ لأنه صرَّح بوقوعِ العِتْقِ عندَ الشرْطِ فصار كقولِه: إن دخَلْتَ الدارَ فأنتَ حُرٌّ. ولأن الكتابةَ إما أن تَقَعَ على مالٍ مؤجَّلٍ أو على مالٍ معجَّلٍ، وفي مسألتِنا المالُ ليس بمعجَّلٍ ولا مؤجَّلٍ[7] فلم يكن كتابةً.

(١) في (أ، ر، ض): «أنه».

(٢) في (أ، ض، ق، ي، ونسخة مختصر القدوري): «ألفًا». وينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ١٠٣).

(٣) في (ض): «الكناية».

(٤) في (أ٢، ح، غ، ل): «غير».

(٥) في (أ، أ٢، ض، ظ): «الكناية».

(٦) في (أ، أ٢، ض، ظ): «كناية».

(٧) في (أ، ض، ع): «بمؤجل».



وأما قولهُ: وصار مأذونًا. فلأنه أَوْجَب له حقًّا وهو وقوعُ العِتْقِ عندَ الأداءِ، بدليلِ أن المولى يُجْبَرُ على القبولِ إذا جاء العبدُ بالمالِ، وهو لا يَصِلُ إلى الأداءِ إلا بالتصرُّفِ والتكسُّبِ، فصار مأذُونًا له في التصرُّفِ لذلك[1].

قال: فإنْ أَحْضَر المالَ أَجْبَر الحاكمُ المَوْلى على قبْضِه وعتَق العبدُ.

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ: أن لا يُجْبَرَ؛ لأنه عِتْقٌ معلَّقٌ بشرْطٍ فصار كدخُولِ الدارِ، وإنما استحسنوا فقالوا: يُجْبَرُ المولى؛ لأنه أوْجَب للعبدِ العتقَ بالأداءِ، فلم يكن له الامتناعُ منه، كما لو علَّق العتقَ باختيارِه.

قال محمدٌ: لو أحضَر العبدُ المالَ بحيثُ يتمكَّنُ المولَى مِن قبضِه عتَق؛ لأن الأداءَ عندَنا في الأموالِ يَقَعُ بالتخْلِيةِ، ولا يُعْتَبرُ فيها مباشرةُ القبضِ، فيَصِيرُ المولى قابِضًا بالتخْلية فيَعْتِقُ لوجودِ الشرْطِ.

وقد قالوا في هذه المسألةِ: للمَولى أن يَبيعَه[2] قبْلَ أن يُحْضِرَ المالَ، لِما بيَّنَّا أنه عِتْقٌ مُعَلَّقٌ بشرْطٍ، كما لو علَّقه بدخولِ الدارِ.

قال: وولدُ الأَمَةِ مِن مَوْلاها حُرٌّ، وولدُها مِن زوجِها مملوكٌ[3] (⁽٤⁾لسيدِ الأَمَةِ⁽٤⁾).

وذلك لأن الولدَ يَتْبَعُ الأبَ في الرِّقِّ والحرِّيَّة؛ لأنه مخلوقٌ مِن مائه، إلا أن يَنْقُلَه عن حكْمِه بالأمْرِ فيَتْبَعَها؛ لأنه في حكْمِ جزءٍ منها.

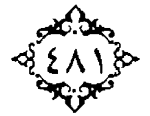
---

(١) في (ظ، ل، ي): «كذلك».

(٢) في (ي): «يبيع العبد».

(٣) في (ي): «عبد».

(٤) في (أ٢، ح، ض، ق، ونسخة مختصر القدوري): «لسيدها».



وإذا ثبَت ذلك، قُلنا: ولدُ الأمةِ مِن مولاها حُرٌّ؛ لأنه لو انتَقل بالأُمِّ لانتَقَل إلى المولَى، فلا معنى لنقْلِه عن حكْمِه، وليس كذلك الولدُ مِن الزوجِ؛ لأنه لمَّا دخَل في العقدِ مع عِلْمِه بأن الأُمَّ أمةٌ كان رضًا منه بإسقاطِ حقِّه.

ولهذا قلنا في المغرورِ: إن ولدَه حُرُّ الأصلِ؛ لأنه لم يَرْضَ أن يَتْبَعَ الولَدُ أُمَّه؛ فلم يَلْزَمْه ما لم يَرْضَ به، ولم يَسقُطْ[1] حقُّه مِن الولَدِ.

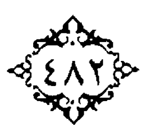
قال: وولدُ الحرَّةِ مِن العبدِ حُرٌّ[2].

لأنه انتقَل عن حكْمِ الأبِ بالأُمِّ فيَتْبَعُها في حرِّيتِها؛ لأن العبدَ يرغَبُ أن يكونَ ولدُه حرًّا.

والله أعلم

(١) في (أ٢): «نسقط».

(٢) ينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ١٠٥).



بابُ التَّدْبِيرِ[1]

حقيقةُ التدْبيرِ: هو أن يُعَلِّقَ عِتْقَ مملوكِه بموتِه على الإطلاقِ، وهو مأخوذٌ مِن العِتْقِ الواقِعِ عن دُبُرِ الإنسانِ.

والدليلُ على جوازِه: أنه عِتْقٌ مُعلَّقٌ بشرْطٍ فصار كتعليقِه بدخولِ الدارِ، ولأن الموتَ يُؤثِّرُ[2] في زوالِ الأملاكِ، والتدْبيرُ يَمْنَعُ مِن دخُولِ المدبَّرِ في ملْكِ الورثةِ فهو كالوصايا.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **إذا قال المَوْلَى لِمَمْلُوكِه: إذا مِتُّ فأنتَ حُرٌّ، أو أنتَ حُرٌّ عن دُبُرٍ مِنِّي، أو أنتَ مُدَبَّرٌ، أو قد دبَّرْتُكَ، فقد صار مُدَبَّرًا لا يَجوزُ بيعُه ولا هبتُه.**

أما حصولُ التدْبيرِ بهذه الألفاظِ فلأنها صريحٌ[3] في التدبيرِ، فهي بمنزلةِ قولِه: أنتَ حُرٌّ. في العِتْقِ، وقد يكونُ التدبيرُ بلفظِ اليمينِ مِثْل أن يقولَ: إن متُّ فأنتَ حُرٌّ؛ لأنه علَّقَ الحرِّيَّةَ بالموتِ مطلقًا فصار كقولِه: أنتَ مُدبَّرٌ.

وكذلك يكونُ بلفظِ الوصيةِ التي يَسْتَحِقُّ بها رقبتَه أو بعضَها؛ كقولِه: أَوْصَيتُ لكَ بعتقِكَ، أو برقبَتِكَ، وكذلك أوصيتُ لكَ بثُلُثِ مالي. لأن الرقبةَ مِن جملةِ

---

(١) في (ح، ض٢، ظ، ي): «كتاب التدبير».

(٢) في (ح): «مؤثر».

(٣) في (ض): «صريحة».



المالِ فقد صار مُوصًى[1] له بثلُثِها، وهذا عِتْقٌ معلَّقٌ بالموتِ، وهو التدبيرُ.

وقد قالوا: لو أَوْصى لعبدِه بسَهْمٍ مِن مالِه أنه يَعْتِقُ بعْدَ موتِه، ولو أَوْصى له بجزءٍ مِن مالِه لم يَعْتِقْ، رواه بِشْرٌ، عن أبي يوسفَ[2].

والفرقُ بينَهما أن السهمَ عبارةٌ عن السدسِ، فإذا أَوْصى له بسدسِ مالِه دخَل سدسُ رقبتِه في الوصيةِ فاستَحَقَّ عِتْقُ جزءٍ منها، وهو مُعَلَّقٌ بالموتِ فكان مُدَبَّرًا، وإذا أَوْصَى له[3] بجزءٍ، فالخيارُ إلى الورثةِ ولهم أن يُعَيِّنُوا ذلك فيما شاؤُوا، فلم تتضمَّنِ الوصيةُ الرقبةَ على كلِّ حالٍ فلم يكن مُدبَّرًا.

وإذا صحَّ التدبيرُ لم يَجُزْ بيعُ المدبَّرِ، ولا هبتُه، ولا إخراجُه مِن[4] ملْكِ المولى إلَّا إلى الحرِّيَّةِ.

وقال الشافعيُّ: يَجوزُ بيعُه[5].

لنا: ما روى ابنُ عمرَ، أن النبيَّ صَلَّىٰ اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال في المدبَّرِ: «لَا يُبَاعُ، وَلَا يُوهَبُ، وَهُوَ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ»[6].

---

(١) في (أ، ر، ض، ل): «موصيًا».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١١٣)، و«تبيين الحقائق» (٣/ ٩٨).

(٣) من (أ، س، ض، ع، ي). (٤) في (أ٢، ي): «عن».

(٥) ينظر: «الأم» (٧/ ٢٥٧)، و«الحاوي» (١٨/ ١٠٢)، و«المهذب» (٢/ ١١).

(٦) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٤)، والطبراني في «الكبير» (٢/ ٣٦٧) (١٣٣٦٥)، وابن عدي (٥/ ١٨٧) من طريق علي بن ظبيان، عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر. قال النسائي: «علي بن ظبيان كوفي متروك الحديث». وأخرجه الدارقطني (٤٢٦٤) من طريق عبيدة بن حسان، عن أيوب، عن نافع، عن ابن عمر. وقال: «لم يسنده غير عبيدة بن حسان، وهو ضعيف، وإنما هو عن ابن عمر موقوف من قوله».



وقد رُوِي مثلُ ذلك عن زيدٍ[1]، وابنِ عمرَ[2]، ولأنه حقُّ حرِّيَّةٍ أوْجَب العِتْقَ، فمنَع البيعَ كالاستيلادِ.

قال: وللمَوْلَى أن يَستَخْدِمَه ويُؤْجِرَه، وإن كانتْ أَمَةً فله أن يَطأهَا، وله أن يُزَوِّجَها.

وذلك لأن رِقَّه على مِلْكِه، وإنما ثبَت[3] له حقُّ الحرِّيَّةِ، وحقُّ الحرِّيَّةِ ليس بآكَدَ مِن نفْسِ الحرِّيَّةِ، ونفْسُ الحرِّيَّةِ لا يَمْنَعُ الإجارةَ والاستخدامَ والتزويجَ والوَطْءَ، كذلك حقُّ الحرِّيَّةِ، وكلُّ تصرُّفٍ لا يَجوزُ في الحرِّ لا يَجوزُ في المدبَّرِ إلَّا الكتابةَ، وهذا مثْلُ الرهْنِ والبيعِ والهبةِ.

قال: وإذا مات عتَق المُدَبَّرُ مِن ثلثِ مالِه إنْ خرَج مِن الثُّلُثِ.

وهو قولُ سعيدِ بنِ جُبَيرٍ[4]، وشُرَيحٍ، والحسنِ، وابنِ سيرينَ[5].

وعن ابنِ مسعودٍ، والنخعيِّ، وحمادٍ: «إنه مِن جميعِ المالِ»[6].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٠٤٦) عن زيد قال: «المدبر لا يباع».

(٢) أخرجه الشافعي في «الأم» (٨/ ١٨)، والدارمي (٣٣١٦)، والبيهقي (١٠/ ٣١٤) من طريق أشعث بن سوار، عن نافع، عن ابن عمر موقوفًا: «المُدَبَّرُ مِنَ الثُّلُثِ». وأشعث ضعيف.

(٣) في (ح، غ، ل): «يثبت».

(٤) الذي وقفت عليه عن سعيد بن جبير: أنه من جميعِ المالِ، كالقول التالي، وينظر: «سنن سعيد بن منصور» (٤٧٤)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٢٢٣٠٠)، والقول أنه من الثلث ورد عن سعيد بن المسيب، كما في «مصنف ابن أبي شيبة» (٢٢٢٩٢).

(٥) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٦٦٥٢، ١٦٦٥٤، ١٦٦٥٥)، و«سنن سعيد بن منصور» (٤٧٣)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٢٢٢٩٣، ٢٢٢٩٥، ٢٢٢٩٩).

(٦) ينظر: «سنن سعيد بن منصور» (٤٦٤، ٤٧٠)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٢٢٣٠١).



لنا: حديثُ ابنِ عمرَ، أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «المُدبَّرُ حُرٌّ مِنَ الثُّلُثِ».

ولأنه عِتْقٌ علَّقه بموتِه، وما تعلَّق بالموتِ مِن التبرُّعاتِ فهو مِن الثلُثِ كسائرِ الوصايا.

قال: وإن لم يكن له مالٌ غيرُه سَعَى في ثُلُثَي قِيمتِه.

وذلك لما بيَّنَّا أنه يَعْتِقُ مِن الثلُثِ، فإذا لم يكن له[1] مالٌ إلا رقبتُه استَحقَّ ثلثَها، ولَزِمه السِّعايةُ في ثُلُثَيْها لِيُخَلِّصَها مِن الرِّقِّ.

قال: فإن كان على المَوْلَى دَيْنٌ سعَى في جميعِ قيمتِه لِغُرمائِه.

وذلك لأن التدبيرَ وصيةٌ، والوصيةُ لا تَصِحُّ مع الدَّيْنِ المستَغْرِقِ إلا أن المدبَّرَ قد عتَق بالموتِ والعِتْقُ لا يُمْكِنُ فسخُه، فلَزِمه قيمةُ رِقِّه[2] الذي سَلِم له[3].

قال: وولدُ المُدبَّرةِ مُدبَّرٌ.

وقال الشافعيُّ: لا يدخُلُ في تَدْبِيرِها[4].

لنا: ما رُوِي عن ابنِ مسعودٍ أنه قال: «ولدُ المدبَّرةِ بمنزلتِها؛ يَعْتِقُ بِعِتْقِها، ويَرِقُّ بِرِقِّها»[5].

---

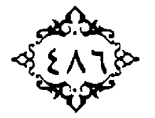
(١) ليس في (أ، ح، ر، غ).

(٢) في (أ٢، ر): «رقبته»، وفي (ظ، ي): «رقبة».

(٣) في (أ٢): «الذي سلم لها»، وفي (ر): «التي سلمت له»، وفي (غ): «الذي سلم إليه»، وفي (ل): «الذي سلمه له».

(٤) للشافعي قولان في المسألة، والمعتمد في المذهب: أن ولد المدبرة يتبعها. ينظر: «المهذب» (٢/ ٣٧٩)، و«نهاية المطلب» (١٩/ ٣٢٨)، و«بحر المذهب» (٨/ ٢٥٧)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٢٠٣).

(٥) أخرجه عنه ابن أبي شيبة (٢١٠١٤).



ورُوِي: «أنه خُوصِم إلى عثمانَ في أولادِ مدبَّرةٍ، فقَضَى أن ما وَلَدَتْه قبْلَ التدْبيرِ عبْدٌ، وما وَلَدَتْه بعْدَ التدْبيرِ مدبَّرٌ»[1]، وكان ذلك بحَضْرةِ الصحابةِ مِن غيرِ خلافٍ[2]، وبه قال شُرَيحٌ، ومسروقٌ، وعطاءٌ، وطاوسٌ، ومجاهدٌ، والحسنُ، وقتادةُ[3]، ولا يُعْرَفُ[4] مِن[5] السلَفِ خلافُ ذلك؛ ولأن حرِّيَّتَها تتعلَّقُ[6] بموتِ الموْلى على الإطلاقِ، فسَرى حقُّها إلى ولدِها كأُمِّ الولدِ.

فإن قيل: حرِّيَّةٌ متعلِّقةٌ بصفةٍ فوجَب أن لا تَنْتَقِلَ إلى الولَدِ، كما لو قال لها: إن دخَلْتِ الدارَ فأنتِ حرَّةٌ.

قيل له: هذا القياسُ يُخالِفُ الإجماع فلا يُلْتَفَتُ إليه، ثُمَّ المعْنى في الأصلِ أن ما فعَله لم يَسْتَحِقَّ به اسمًا على الانفِرادِ، وفي مسألتِنا حقُّ حرِّيَّةٍ أَوْجَب اسمًا خاصًّا فسَرى إلى الولدِ كالاستيلادِ.

قال: فإن علَّق التدْبيرَ بموتِه على صفةٍ مثْلُ أن يقولَ: إنْ مِتُّ مِن مرَضِي هذا، أو سفَرِي هذا، أو مِن مرَضِ كذا[7]. فليس بمُدَبَّرٍ[8]، ويَجوزُ بيعُه.

---

(١) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (٤٩٤٠)، والبيهقي (١٠/ ٣١٥) عن عبد الرحمن بن يعقوب.

(٢) بعده في (ي): «فيه بينهم».

(٣) ينظر: «مصنف ابن أبي شيبة» (٢١٠٠٧، ٢١٠٠٨، ٢١٠١٥، ٢١٠١٨).

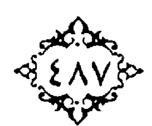
(٤) في (ي): «نعرف».

(٥) في (ي): «بين».

(٦) في (أ، أ٢، ظ، ع، ل): «تعلق».

(٧) بعده في (ي): «أو سفر كذا».

(٨) في (ع): «بتدبير».



وذلك لما بيَّنَّا أن المدبَّرَ مَن عَلَّق عتقَه بموتِه على الإطلاقِ، ومَن لم يُعَلِّقْ عتقَه بموتِه على الإطلاقِ فهو بمنزلةِ مَن علَّق عتقَه بدخولِ الدارِ، فلا يَمْنَعُ ذلك مِن جوازِ بيعِه.

قال: فإن مات المَوْلَى على الصفةِ التي ذكَرها عتَق.

لما بيَّنَّا أنه ليس بتدبيرٍ في الحقيقةِ، وإنما هو عِتْقٌ مُعَلَّقٌ بشرْطٍ، فإذا وُجِد شرْطُ العِتْقِ عتَق، وقد بيَّنَّا فيما تقدَّم أن المدبَّرَ المطْلَقَ لا يَجوزُ بيعُه، وقد دَلَّلْنا عليه[1].

وقد قال الشافعيُّ: إنه يَجوزُ بيعُه[2]. وذهَب إلى ما روَى جابرٌ: «أن رجلًا أعتَق عبدًا له عن دُبُرٍ منه، فباعَه رسولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بثمانمئةِ درهمٍ، وقضَى بها دَيْنَه»[3].

والجوابُ عنه: أن هذا الخبرَ رواه محمدٌ في «الأصلِ»، عن أبي جعفرٍ محمدِ ابنِ عليِّ بنِ الحسينِ الباقرِ[4]، وذكَر له خبرَ عطاءٍ، عن جابرٍ فقال: «لقد[5] شَهِدْتُ[6] هذا مِن جابرٍ، إنما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باع خِدْمتَه بثمانمئةِ درهمٍ»[7].

---

(١) تقدَّم تحت قول الماتن: «فقد صار مُدَبَّرًا لا يَجوزُ بيعُه ولا هبتُه».

(٢) ينظر: «الأم» (٧/ ٢٥٧)، و«الحاوي» (١٨/ ١٠٢)، و«المهذب» (٢/ ١١).

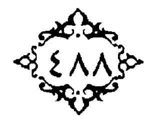
(٣) أخرجه البخاري (٧١٨٦)، ومسلم (٩٩٧). وذكرُ الدِّين ورد في رواية النسائي (٥٤١٨).

(٤) ينظر: «الأصل» (٥/ ١٦٦، ١٦٧).

(٥) في (ع): «له».

(٦) في (ي): «سمعت».

(٧) أخرجه محمد في «الأصل» (٥/ ١٦٨)، وسعيد بن منصور (٤٤٣)، والدارقطني (٤٢٦٠)، والبيهقي (١٠/ ٣١٢) عن أبي جعفر. قال الدارقطني: «مرسل». وقال الحافظ في «الدراية» (٢/ ٨٧): «إسناده ضعيف جدًّا».



وهذا يقتَضِي أن يكونَ أُجْرةً لا ثمنًا، والمصيرُ إلى روايةِ محمدِ بنِ عليٍّ أَوْلى، وأكثرُ الأحوالِ أن يثبُتَ ما نَقَلُوه[1] فيَحْتَمِلَ أن لا يكونَ مدبَّرًا مُطْلَقًا، والخبَرُ حكايةُ فِعْلٍ، فإذا احتَمَل سقَطَ التعلُّقُ به.

ولو ثبَت أيضًا أنه كان مُدبَّرًا مُطْلقًا احتَمَل أن يكونَ أُجْرةً وسُمِّي[2] ذلك بيعًا، كما[3] رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باع حرًّا في دَيْنٍ»[4]، يَعْنِي: آجَرَهُ.

واللَّهُ أعلمُ

---

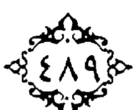
(١) في (ع): «نقل».

(٢) في (ع): «سماه».

(٣) في (ي): «لما».

(٤) أخرجه أحمد في «العلل ومعرفة الرجال» (٥٤٢١) من طريق شعبة، عن قتادة بلغني: «أن رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ باع رجلًا حرًّا في دين عليه». قلت لقتادة: من حدثك؟ قال: حدثني به فتًى كان يلزم الزهري.

وأخرج أبو داود في «المراسيل» (١٧٠)، والبيهقي (٦/ ٥١) من طريق معمر، عن الزهريِّ: «كان يكون على عهد رسول اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ديون على رجال، ما علمنا حرًّا بيع في دَيْنٍ».



بَابُ الاسْتِيلَادِ[(١)]

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا ولـدَتِ الأَمَـةُ مِن مولاها فقد صارتْ أُمَّ ولدٍ[(٢)] لا يَجوزُ بَيْعُها ولا تَمْلِيكُها.

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ؛ وجملتُه أن كلَّ مملوكةٍ ثبَت[(٣)] نسَبُ ولدِها مِن مالِكٍ لها، أو مالِكٍ لبعضِها فهي أُمُّ ولدٍ له؛ لأن الاستيلادَ فرْعٌ لثبوتِ النسَبِ، فإذا ثبَت الأصلُ في مِلْكِه ثبَت فرْعُه، وإذا صحَّ الاستيلادُ لم يَجُزْ بيعُها ولا تَمليكُها، وليس للمَوْلى إخراجُها مِن مِلْكِه إلَّا إلى الحرِّيَّةِ.

وقال بِشْرُ بنُ غِياثٍ: يَجوزُ بيعُ أُمِّ الولَدِ[(٤)].

لنا: ما روَى ابنُ عباسٍ، أن النبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال: «أَيُّمَا رَجُلٍ وَلَدَتْ أَمَتُهُ مِنْهُ فَهِيَ مُعْتَقَةٌ عَنْ دُبُرٍ مِنْهُ»[(٥)]. وعن ابنِ عباسٍ: أن النبيَّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ قال

(١) في (أ٢، ح، ض٢، ظ، ي): «كتاب الاستيلاد».

(٢) بعده في (ل): «له».

(٣) في (أ٢، ظ): «يثبت».

(٤) ينظر: «المبسوط» (٧/ ١٤٩)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٢٩)، و«البناية» (٦/ ٩٣). وبشر بن غياث هو المريسي.

(٥) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٥)، والدارقطني (٤٢٣٠) من طريق شريك، عن حسين بن عبد الله ابن عبيد الله بن عباس، عن عكرمة، عن ابن عباس. وقال البوصيري: في «مصباح الزجاجة» =



حينَ ولدَتْ أُمُّ إبراهيمَ: «أَعْتَقَهَا وَلَدُهَا»(١).

وعن سعيدِ بنِ المسيِّبِ أنه قال في عِتْقِ أُمَّهاتِ الأولادِ: «إن الناسَ يقولون: إن أولَ مَن أَمَر بِعِتْقِ أُمَّهاتِ الأولادِ عمرُ بنُ الخطابِ، وليس كذلك، ولكنَّ رسولَ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أولُ مَن أَعْتَقَهُنَّ، وأن لا يُجْعَلْنَ مِن الثلُثِ، وأن لا يَسعَيْنَ(٢) في دَيْنٍ»(٣).

وعن عَبِيدةَ السلْمانِيِّ قال: قال عليٌّ: «اجتمَع رأْيِي ورأْيُ عمرَ في أُناسٍ مِن أصحابِ رسولِ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ على عِتْقِ أُمهاتِ الأولادِ، ثُمَّ رأيتُ بعْدُ أن يُبَعْنَ في الدَّيْنِ. فقال عَبِيدةُ: رأْيُكَ في الجماعةِ أحبُّ إلينا مِن رأيكِ في الفُرْقةِ. فأراده على القضاءِ فامْتَنَع، فلمَّا انْصَرَف قال عليٌّ: إنَّ السُّلَمِيَّ لَفَقِيهٌ،

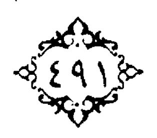
(٣/ ٩٧): «هذا إسناد ضعيف حسين بن عبد اللَّه بن عبيد اللَّه بن عبد اللَّه الهاشمي، تركه علي بن المديني، وأحمد بن حنبل، والنسائي، وضعَّفه أبو حاتم، وأبو زرعة، وقال البخاري: يقال إنه كان يتَّهم بالزندقة».

(١) أخرجه ابن ماجه (٢٥١٦)، والدارقطني (٤٢٣٣) من طريق حسين بن عبد اللَّه به. وقال ابن حجر: في «التلخيص الحبير» (٤/ ٤٠١): «وفي إسناده حسين بن عبد اللَّه وهو ضعيف جدًّا».

(٢) في (أ، ونسخة بحاشية ج): «يبعن»، وفي (أ٢): «يستعين»، وفي (ي، ض٢): «يستسعين»، وهي رواية أخرى كما في «بدائع الصنائع» (٤/ ١٣٠). وينظر: «المبسوط» (٧/ ١٤٩)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٣٣)، و«البناية» (٦/ ٩٩).

(٣) أخرجه الثوري في «الجامع»، ومن طريقه عبد الرزاق (١٣٢٣٣)، والبيهقي (١٠/ ٣٤٤) من طريق عبد الرحمن بن زياد الإفريقي، عن مسلم بن يسار، عن سعيد بن المسيب. وعبد الرحمن ابن زياد ضعيف الحديث.

تنبيه: وقع الحديث في «مصنف عبد الرزاق» مختصرًا، وقد جاء فيه: سليمان بن يسار مكان مسلم بن يسار، والظاهر أنه تصحيف، واللَّه أعلم.



وقد أردْتُ أن يَزْدادَ[1] فِقْهًا فأَبَى»[2]. فحكَى عليٌّ الإجماعَ، ولأن نسَبَ ولدِها ثابتٌ مِن مولاها، فلم يَجُزْ بيعُها كحالِ الحمْلِ.

قال: وله وَطْؤُها، واستخدامُها، وإجارتُها، وتزويجُها.

وذلك لأنه عِتْقٌ مُعلَّقٌ بشرْطٍ، والعِتْقُ المعلَّقُ بالشرْطِ لا يَمْنَعُ ما ذَكَرناه، كما لو علَّقه بدخولِ الدارِ، ولأن الاستيلادَ حقُّ حرِّيَّةٍ فلا يكونُ آكَدَ مِن نفْسِ الحرِّيَّةِ، ونفْسُ الحرِّيَّةِ لا تَمْنَعُ هذه المعانيَ فحَقُّ الحرِّيَّةِ أَوْلى.

قال: ولا يثبُتُ نسَبُ ولدِها إلَّا أن يَعْتَرِفَ به[3].

وهذا الذي ذكَره صحيحٌ، وإنما يَعْنِي به: ولدَ الأَمَةِ، وعندَنا نسبُ ولدِ الأَمَةِ لا يثبُتُ مِن مولاها إلَّا أن يَدَّعِيَه، وسواءٌ كان المولى يَطَؤُها أو لا يَطَؤُها، ولا يَصِيرُ عندَنا فِراشًا بالوَطْءِ[4].

وقال الشافعيُّ: الأَمَةُ تَصِيرُ فِراشًا بالوَطْءِ، فإذا أقرَّ بِوَطْئِها، ثُمَّ أتتْ بولدٍ ثبَت[5] نسبُه منه، وإن لم يَدَّعِهِ[6].

(١) في (ع): «يزاد».

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٣٢٢٤)، وسعيد بن منصور (٢٠٤٧)، وابن أبي شيبة (٢٢٠١٠) وليس فيه محاولة توليته القضاء. قال الحافظ في «التلخيص الحبير» (٤/ ٤٠٣): «إسناده صحيح».

(٣) بعده في (ر، س، ض، ظ، ي): «المولى».

(٤) ينظر: «الأصل» (٨/ ١٠٠)، و«شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٣١٥)، و«المبسوط» (٧/ ١٥٩) (١٧/ ١٠٧)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٣١).

(٥) في (ح، ض، ي): «يثبت».

(٦) ينظر: «الحاوي» (٩/ ٢٤٥)، و«بحر المذهب» (١١/ ٢٤٦)، و«روضة الطالبين» (٤/ ٤١٦).



لنا: أنها لو صارتْ فِراشًا بالوَطْءِ لوجَب بزوالِ فراشِها ما يُسمَّى عدةً، أصلُه الزوجةُ، فلمَّا لم يَجِبْ به عدَّةٌ دلَّ على أنه لا فِراشَ لها.

فإن قيل: يَجِبُ الاستِبْراءُ بزوالِ فِراشِها.

قيل له: لا يُسمَّى ذلك عدةً في الشرْعِ، ولأنه يَجِبُ في الملْكِ الثاني، والعِدَّةُ تَجِبُ قبْلَ تجدُّدِ الملْكِ الثاني، ولا يَلْزَمُ نكاح الذِّمِّيِّينَ؛ لأنه فراشٌ، ولا تَجِبُ به عدَّةٌ عندَ أبي حنيفةَ؛ لأنه يُوجِبُ عدَّةً إذا أَسْلَم الزوجُ، ثُمَّ زال الفِراشُ، ولأنها لو صارَتْ فِراشًا بالوَطْءِ لصارتْ فِراشًا بالسببِ المبيحِ له كالوَطْءِ بالنكاحِ.

فإن قيل: رُوِي: أن سعدَ بنَ أبي وقَّاصٍ، وعبدَ بنَ زَمْعَةَ اختَصما إلى النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ في ولدِ وليدةِ زَمْعَةَ؛ فقال سعدٌ: ابنُ أَخِي عَهِد إليَّ فيه أخي. وقال: إذا دخَلْتَ مكةَ فاقْبِضْ ابنَ وليدةِ زَمْعَةَ، فإنِّي أَلْمَمْتُ بها في الجاهليةِ. وقال عبْدٌ: هو أَخِي، وُلِد على فِراشِ أَبِي. فقال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ؛ الوَلَدُ لِلْفِرَاشِ وَلِلْعَاهِرِ الحَجَرُ»[1].

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢١٨)، ومسلم (١٤٥٧) عن عائشة.

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٧): «الوليدة: الصبية، وجمعها ولائد، يقال للعبد حين يستوصف قبل أن يحتلم وليد، وللأمة وليدة، وإن أسنت».

وقال: «عَهِدَ إليَّ: أي أوصاني بذلك».

وقال: «أَلْمَمْتُ بفتح الهمزة، وسكون اللام، وفتح الميم الأولى، وسكون الثانية، وآخره تاء المتكلم: أي واقعها».

وقال: «الولد للفراش: أي لصاحب الفراش، وهو صاحب أم الولد، زوجًا كان أو مولىً، فالفراش كناية عن المرأة التي يستمتع بها في افراش».

وقال: «للعاهر الحجر: أي لا شيء له، كقولهم: له التراب. وقيل: هو بمعنى السب، كما يقال: =



قيل له: قولُه: «وُلِد على فراشِ أَبِي». يدُلُّ على فِراشٍ متقدِّم في حالِ حياةِ الأبِ، وذلك لا يكونُ عندَنا إلَّا بالدعوةِ لولدِها حتى تَصِيرَ أُمَّ ولدٍ، والخبَرُ إذا ذُكِر فيه حكْمٌ مُعلَّقٌ باسمٍ واختُلِف في ذلك الاسمِ، فإنه لا يَصِحُّ الاستدلالُ به حتى يُثْبِتَ المدَّعِي وجودَ الاسمِ[١] الذي يَدَّعِيه.

ولأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ حكَم به مِلْكًا لعبْدِ بنِ زَمْعَةَ بدليلِ أنه قال: «هُوَ لَكَ يَا عَبْدُ». وهذه العبارةُ إطلاقُها يُفِيدُ التمْليكَ[٢]، ولو أراد ثبوتَ النسَبِ لقال: هو أخوكَ. والذي يُبَيِّنُ صحَّةَ هذا أنه قال: «وَاحْتَجِبِي عنه[٣] يَا سَوْدَةُ، فَإِنَّهُ لَيْسَ بَأَخٍ لَكِ». ولو قضَى به أخًا لأَخِيها لقضَى به أخًا لها، فلمَّا لم يَقْضِ به أخًا لها، وأَمَرها أن تَحْتَجِبَ عنه، دلَّ[٤] أنه قضَى بملْكِه ولم يَقْضِ بنسَبِه.

قال: فإن جاءَتْ بعْدَ ذلك بوَلَدٍ ثبَت نسبُه بغيرِ إقْرارٍ[٥].

يَعْنِي: إذا صارَتْ أُمَّ ولدٍ، وذلك لأنها صارَتْ فِراشًا بثبوتِ نسَبِ ولدِها، بدليلِ أن زوالَ فِراشِها يُوجِبُ العِدَّةَ فصارتْ كالزوجةِ[٦]، والولَدُ الحادِثُ على الفِراشِ يثبُتُ[٧] نسَبُه مِن غيرِ اعْتِرافٍ.

بفيه الحجر. والمعنى: أنه لا حظ للزاني في الولد، وإنما هو لصاحب الفراش».

(١) في (ي): «الأمر».

(٢) في (أ٢، ح، غ، ل): «الملك».

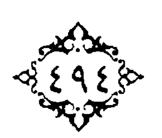
(٣) ليس في (أ٢، ح، غ، ل).

(٤) بعده في (ي): «على».

(٥) في (ي): «إقراره».

(٦) في (ي): «كالرجعة».

(٧) في (ع، ل): «ثبت».



قال: فإن نَفَاه انْتَفَى بقولِه.

وذلك لأنه يَمْلِكُ نقْلَ فراشِها وإبطالَه بقولِه، وهو أن يُزَوِّجَها فيَزُولَ فراشُها، فكذلك يَمْلِكُ نقْلَ النسَبِ المتعلِّقِ به بقولِه، ولا يُشْبِهُ هذا الزوجةَ؛ لأنه لا يَمْلِكُ نقْلَ فراشِها بقولِه، فلا يَمْلِكُ نقْلَ النسَبِ المتعلِّقِ به.

قال: وإن زوَّجها فجاءَتْ بولَدٍ فهو في حُكْمِ أُمِّه.

وذلك لأن الاستيلادَ قد استقرَّ فيها، والحقوقُ المستَقِرَّةُ في الأُمَّهاتِ تَسْرِي إلى الأولادِ.

قال: وإذا مات المَوْلَى عتقَتْ مِن جميعِ المالِ، ولا يَلْزَمُها السِّعايةُ لِلْغُرَماءِ إن كان على المَوْلَى دَيْنٌ.

وذلك لحديثِ سعيدِ بن المسيِّبِ: «أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَمَر بعِتْقِ أُمَّهاتِ الأولادِ، وأن لا يُجْعَلْنَ مِن الثلُثِ، ولا يَسْعَيْنَ[1] في دَيْنٍ». ولأن حرِّيَّتَها[2] متعلِّقةٌ بالنسَبِ، وحرِّيَّةُ[3] النسَبِ لا يتعلَّقُ بها السِّعايةُ.

قال: وإذا وَطِئَ رجلٌ أمةَ غيرِه بنكاحٍ فولدَتْ منه، ثُمَّ ملَكها صارتْ أُمَّ ولدٍ له.

وقال الشافعيُّ: لا تَصِيرُ أُمَّ ولدٍ له[4].

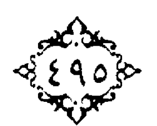
---

(١) في (أ٢): «يستعين».

(٢) في (أ، ظ، غ، ل، ي): «حرمتها».

(٣) في (أ، أ٢، ظ، غ، ل، ي): «حرمة».

(٤) للشافعي قولان في المسألة، والمعتمد أنها تصير أم ولد. ينظر: «الحاوي» (٦/ ٥٧)، و«نهاية المطلب» (١٢/ ١٩٧)، و«بحر المذهب» (١١/ ٣٨٤).



لنا: أن نسبَ ولدِها ثابتٌ مِن المولى فكانت أُمَّ ولدٍ له، أصلُه إذا ولدَتْه في ملْكِه، ولأن الاستيلادَ حقُّ حرِّيَّةٍ يتعلَّقُ[1] بالنسَبِ، فإذا جاز أن يثبُتَ حكْمُ النسَبِ في مِلْكِ الغيرِ، جاز أن يثبُتَ ما تعلَّق به مِن الحرِّيَّةِ.

فإن قيل: هذا وَطْءٌ في غيرِ ملْكٍ فلا يثبُتُ به الاستيلادُ كالزنى.

قيل له: يُنتقَضُ بوَطْءِ الأبِ لجاريةِ ابنِه، ثُمَّ المعْنى في الزنى أنه لا يتعلَّقُ به ثبوتُ النسَبِ، فلم يثبُتْ به الاستيلادُ، وفي مسألتِنا وَطْءٌ في مملوكِه يتعلَّقُ به ثبوتُ النسَبِ، فجاز أن يثبُتَ به الاستيلادُ.

وإذا ثبَت أنها تَصِيرُ أُمَّ ولدٍ، قال أصحابُنا: إذا ملَك ولدَها[2] منه عتَق عليه، لقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَنْ مَلَكَ ذا[3] رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ»[4].

وقد قالوا: لو ملَك ولدًا لها مِن غيرِه لم يَصِرِ ابنَ[5] أُمِّ ولدٍ، وله[6] بيعُه.

وقال زفرُ: كلُّ مَنْ وُلِدَ[7] بعْدَ ثبوتِ نسَبِ ولدِها منه مِن[8] أولادِها، ثُمَّ ملَكه فهو ابنُ أُمِّ ولدٍ[9].

---

(١) رسمت بغير نقط أوله في (أ، ض، ظ، ع)، وفي (ر): «فتعلق»، وفي (ي): «متعلق».

(٢) في (س، ي): «ولدا لها».

(٣) في (ي): «ذات».

(٤) تقدَّم تخريجه في كتاب العتق مستوفى. وينظر: «البناية» (٦/ ١٠٢).

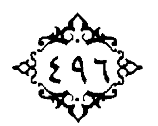
(٥) ليس في (ل، ي).

(٦) في (ي): «له فيجوز». وينظر: «البناية» (٦/ ١٠٢)، و«البحر الرائق» (٤/ ٢٩٦).

(٧) في (أ٢، س، ي): «له ولد»، وفي (ح): «ولدت».

(٨) في (ع): «في».

(٩) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٣١)، و«البناية» (٦/ ١٠٢).



وجْهُ قولِ أصحابِنا: أن الاستيلادَ يثبُتُ[1] فيها حينَ ملَكها، والولدُ في تلك الحالِ منفصِلٌ، والسِّرايةُ لا تثبُتُ بعْدَ انفصالِ الولَدِ[2].

وجْهُ قولِ زفرَ: أنه إذا ملَكها صارتْ أُمَّ ولدٍ بالعُلوقِ السابقِ، وهذا الولدُ حدَث بعْدَ ذلك فوجَب أن يتعلَّق به حقُّ الحرِّيَّةِ.

وقد قالوا: لو زنى رجلٌ بأمَةٍ فولدَتْ، ثُمَّ ملَكها وولدَها عتَق الولدُ عليه، وجاز بيعُ الأُمِّ[3].

وقال زفرُ: لا يَجوزُ بيعُها، وهي بمنزلةِ أُمِّ الولَدِ[4].

لنا: أن الاستيلادَ حرِّيَّةٌ تتعلَّقُ بالنسَبِ، والنسَبُ لم يثبُتْ فلم يثْبُتِ الاستِيلادُ، وإنما عتَق الولدُ؛ لأنه في حكْمِ الجزءِ منه، فصار كعِتْقِه بالإعتاقِ.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن حكْمَ الحرِّيَّةِ لما ثبَت لهذا الولدِ بالولادةِ وجَب أن يثبُتَ لأُمِّه ذلك، دليلُه الولدُ الثابتُ النسَبِ.

قال: وإذا وَطِئ الأبُ جاريةَ ابنِه فجاءَتْ بولدٍ فادَّعاه، ثبَت نسبُه وصارتْ أُمَّ ولدٍ له، وعليه قيمتُها، وليس عليه عُقْرُها[5]، ولا قيمةُ ولدِها.

أما ثبوتُ النسَبِ منه، فلأن للأبِ شبهةَ ملْكٍ بدليلِ قولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ:

---

(١) في (أ، ض، ظ، ع): «ثبت».

(٢) بعده في (ي): «بوجه».

(٣) ينظر: «المبسوط» (١٧/ ١٤٩)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٢٥) (٦/ ٢٤٢)، و«المحيط البرهاني» (٩/ ٣٣٢).

(٤) في (أ، أ٢، ر، ض، ظ، ل): «ولد». وينظر: «الاختيار» (٤/ ٣١).

(٥) العُقْرُ: مهر المرأة، وجمعه أعقار. ينظر: «تهذيب اللغة» (١/ ١٤٩)، و«الصحاح» (٢/ ٧٥٥).



«أَنْتَ وَمَالُكَ لِأَبِيكَ». وأقلُّ أحوالِ هذه الإضافةِ أن تُفِيدَ شُبهةَ المِلْكِ، وكذلك قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ أَطْيَبَ مَا أَكَلَ الرَّجُلُ مِنْ كَسْبِهِ، وَإِنَّ وَلَدَهُ مِنْ كَسْبِهِ، فَكُلُوا مِنْ كَسْبِ أَوْلادِكُمْ»[1].

وإذا أُضِيف مالُ الابنِ إلى الأبِ بأنه[2] كسبُه صار شبهةً، وشبهةُ المِلْكِ بمنزلةِ نفْسِ المِلْكِ في ثبوتِ النسَب، كما أن شبهةَ النكاحِ بمنزلةِ النكاحِ في ثبوتِ النسَبِ، وتحريرُه أن كلَّ واحدٍ مِن المِلْكِ والنكاحِ سببٌ في ثبوتِ النسَبِ، فإذا كانتْ شبهةُ أحدِهما مثلَه كذلك شبهةُ الآخرِ.

وأما ثبوتُ الاستيلادِ للجاريةِ فهو قولُ أصحابِنا.

وقد رُوِي أن آخِرَ ما استقرَّ عليه قولُ أبي يوسفَ: أن الاستيلادَ لا يثبُتُ[3]. وهو أحدُ قولَي الشافِعِيِّ[4].

وجْهُ قولِ أصحابِنا[5]: أن الأبَ مُحتاجٌ[6] إلى نقْلِ الجاريةِ إلى نفْسِه ليثبُتَ

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٥٣٠)، وابن ماجه (٢٢٩٢) عن عبد اللَّه بن عمرو. وهو رواية من روايات الحديث المتقدِّم، وأخرجه أبو داود (٣٥٢٨)، والترمذي (١٣٥٨)، والنسائي (٤٤٥٠)، وفي «الكبرى» (٦٠٤٦)، وابن ماجه (٢١٣٧) من حديث عائشة. وقال الترمذي: «حسن صحيح». وينظر: «علل الدارقطني» مسألة (٣٦٠٠).

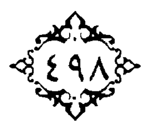
(٢) في (ظ): «أنه»، وبعده في (ي): «من».

(٣) ينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ١٠٨).

(٤) المعتمد ثبوت الاستيلاد. ينظر: «الحاوي» (٩/ ١٨٢)، و«بحر المذهب» (٩/ ١٨٠)، و«روضة الطالبين» (٧/ ٢٠٨).

(٥) بعده في (ض): «وهو الصحيح».

(٦) في (ر، ي): «يحتاج».



نسبُ ولدِها منه، وما احتاج[1] الأبُ[2] إليه مِن مالِ ابنِه، فله أخْذُه بغيرِ رضاهُ كمقدارِ طعامِه وكسوتِه.

ولأن الأبَ كان يَمْلِكُ نقْلَ هذه الجاريةِ إلى نفْسِه للاستيلادِ في حالِ صِغَرِ الابنِ، وحقُّ الاستيلادِ لا يَنْفَسِخُ، فوجَب أن لا يَزُولَ مِلْكُه عن ذلك ببلوغِ الابنِ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن دعوةَ المولى في ولدِ جاريةِ مُكاتَبِه أقْوَى مِن دعوةِ الأبِ، فإذا لم يثْبُتِ الاستيلادُ هناك فهاهنا أَوْلى.

الجوابُ: أن المكاتَبَ لا يثبُتُ في مالِه التبرُّعُ، فلو أَثْبَتْنا الاستيلادَ هناك لَنَقَلْنا الجاريةَ والولدَ بقيمةِ الأُمِّ، وهذا تبرُّعٌ بأحدِهما فلم يَصِحَّ، وليس كذلك الابنُ؛ لأنه يثبُتُ في مالِه التبرُّع، فجاز أن يثْبُتَ الاستيلادُ.

وكان الشيخُ أبو بكرٍ الرازيُّ يُفَرِّقُ بينَهما، ويقولُ: إن المولى لا شُبهةَ له في مالِ مكاتَبِه، وإنما شُبْهتُه في رَقَبَتِه بدليلِ أن كسبَ المكاتَبِ بعْدَ الأداءِ بحالِه ولا شُبهةَ له فيه، فأما الأبُ فشبهتُه في مالِ ابنِه بدليلِ ثبوتِها بعْدَ بلوغِه فافْتَرَقا[3].

وأما وجوبُ قيمةِ الجاريةِ على الأبِ، فلأنَّا نَقَلْناها إليه مِن مالِ الابنِ، ولا يَجوزُ نقْلُ مالِ الابنِ إلى الأبِ بغيرِ عِوَضٍ مِن غيرِ حاجةٍ، ويَستوِي في ذلك إعسارُ الأبِ ويسارُه؛ لأنه ضمانُ نقْلٍ فلا يَخْتَلِفُ بذلك كالبيعِ.

وإنما لم يَلْزَمْهُ عُقْرُها؛ لأنه قد لَزِمه ضمانُ جميعِ قيمتِها، وصار العُقْرُ هو

---

(١) في (ض): «يحتاج».

(٢) ليس في (أ٢، ح، غ، ل)، وفي (ي): «الوالد».

(٣) ينظر: «أحكام القرآن» للرازي (١/ ١٧٩).



ضمانَ الجزءِ، وإذا تعلَّق ضمانُ الكلِّ وضمانُ الجزءِ بسببٍ واحدٍ دخَل الأقلُّ في الأكثرِ، كمَن قطَع يدَ رجُلٍ فمات.

ولا يُشْبِهُ هذا إذا ادَّعى أحدُ الشريكَيْنِ ولدَ الجاريةِ[1] أنه يَلْزَمُه نصفُ قيمتِها ونصفُ عُقْرِها؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما ضمانُ جزءٍ، فلا يدْخُلُ أحدُهما في الآخرِ.

وقد قال الشافعيُّ في أَحَدِ قولَيْهِ: إذا ثبَت الاستيلادُ أن عليه العُقْرَ. قال: لأن وجوبَ[2] القيمةِ لا يَنْفِي وجوبَ[3] العُقْرِ[4]. أصلُه أَحَدُ الشريكَيْنِ إذا استولَد الجاريةَ المشتركةَ، وقد بيَّنَّا الفرقَ بينَهما.

وإنما لم يَلْزَمْه قيمةُ الولدِ؛ لأنَّا نقَلْنا الجاريةَ إليه بالعُلُوقِ فملَكها مِن ذلك الوقتِ، فيكونُ العُلُوقُ على مِلْكِه، ولأن الولدَ في تلك الحالِ أيضًا لا قيمةَ له فلم يَلْزَمْه شيءٌ لأجلِه.

وقد قالوا: إن الولدَ حُرُّ الأصلِ؛ لأنه لمَّا ملَك الأُمَّ بالعُلُوقِ صار حادِثًا على مِلْكِ الواطِئِ فلا يثبُتُ عليه الولاءُ.

قال: وإذا وَطِئَ أبو الأبِ مع بقاءِ الأبِ لم يثبُتِ النسَبُ، فإن كان الأبُ ميِّتًا ثبَت مِن الجدِّ كما يثبُتُ مِن الأبِ.

أما الدليلُ على صحةِ دعوةِ الجدِّ لولدِ أَمَةِ ابنِ ابنِه: هو أن له شُبهةَ مِلْكٍ

(١) بعده في (ح): «المشتركة».

(٢) بعده في (أ، ض، ع): «وجود».

(٣) في (ع): «وجود».

(٤) ينظر: «الحاوي» (٩/ ١٧٥، ١٧٧، ١٧٨)، و«بحر المذهب» (٩/ ١٧٣).

في مالِ[1] ابنِ ابنِه كما للأبِ، ألا تَرى أن الجدَّ لو قتَل الأَمَةَ لم يَلْزَمْه القِصاصُ بِقَتْلِها، ولا يَجِبُ عليه الحدُّ بوَطْئِها فصار كالأبِ، إلا أن صحةَ دعوتِه تَقِفُ على خروجِ رُوحِ[2] الأبِ مِن أن يكونَ له ولايةٌ قبْلَ العُلُوقِ، مثْلُ أن يموتَ؛ وذلك لأن الجدَّ لا ولايةَ له في مالِ ابنِ الابنِ مع وجودِ ولايةِ الأبِ، فهو بمنزلةِ الأجنبيِّ، فلا تُقْبلُ دعوتُه، ومتى مات الأبُ فالولايةُ للجدِّ فصار كالأبِ فتَصِحُّ دعوتُه.

فإن كان الأبُ حيًّا لا ولايةَ له؛ مثْلُ أن يكونَ كافرًا أو عبدًا أو مجنونًا، فالولايةُ[3] للجدِّ فتَصِحُّ دعوتُه، فإن عادتْ ولايةُ الأبِ بأن أَسلَم أو أُعْتِق أو أفاق قبْلَ الدعوةِ لم تُقْبَلْ دعوتُه بعْدَ ذلك؛ لأن ولايةَ الجدِّ قد سقَطَتْ في حالٍ مِن أحوالِ العُلُوقِ.

قال: وإذا كانتِ الجاريةُ بينَ شَرِيكَيْنِ فجاءَتْ بولدٍ فادَّعاه أحدُهما، ثبَت نسبُه منه، وصارتْ أُمَّ ولدٍ له وعليه نصفُ عُقْرِها ونصفُ قيمتِها، ولا شيءَ عليه مِن قيمةِ ولدِها.

أما ثبوتُ نسبِه؛ فلأن النسبَ يثبُتُ بشبهةِ الملْكِ، فلأَنْ يثبُتَ بنفسِ الملْكِ أَوْلى، ويَصِيرُ نصيبُه مِن الجاريةِ أُمَّ ولدٍ؛ لأنها ولدَتْ مِن مولاها كما لو كانتْ له وحدَه، وينتَقِلُ إليه نصيبُ شريكِه فتَصِيرُ أُمَّ ولدٍ؛ لأن الاستيلادَ لا يتبعَّضُ فيما يُمْكِنُ نقْلُ الملْكِ[4] فيه؛ لأنه حرِّيَّةٌ متعلِّقةٌ بالنسَبِ فلا يتبعَّضُ كنفْسِ النسَبِ.

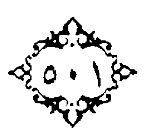
---

(١) في (ح): «ملك».

(٢) من (أ، ح، ظ، ع).

(٣) في (أ، ع): «قالوا لأنه».

(٤) في (ي): «الحكم».



وعليه نصفُ عُقْرِها؛ لأنه وَطِئَ ملْكَ شريكِه، والوطءُ التامُّ في الملْكِ التامِّ إذا لم يُوجِبِ الحدَّ أوجَبَ العُقْرَ، وقد سقَط عنه الحدُّ بالشبهةِ فلَزِمه العُقْرُ، وعليه نصفُ قيمتِها؛ لأنَّا نقَلْنا إليه ملْكَ شريكِه فلا يَجوزُ أن ينقُلَه إليه إلا بِعِوَضٍ، ولا عِوَضَ إلا القيمةُ[1].

قالوا: ولا يدْخُلُ العُقْرُ في قيمةِ الأُمِّ؛ لأن كلَّ واحدٍ منهما ضمانُ جزءٍ فلا يدْخُلُ أحدُهما في الآخرِ، ولا يَضْمَنُ قيمةَ الولدِ؛ لأنَّا نقَلْنا نصيبَ شريكِه في الجاريةِ إليه بالعُلُوقِ، فصار الولدُ حادِثًا على مِلْكِه فلا يَلْزَمُه[2] ضمانُه، ويَسْتَوِي في ضمانِ الأُمِّ اليسارُ والإعسارُ؛ لأنه ضمانُ نقْلٍ فصار كضمانِ البيعِ.

وقد رُوِي عن أبي يوسفَ: إن كان المدعِي مُعْسِرًا سعَتْ أُمُّ الولدِ؛ لأن منفعةَ الاستيلادِ سَلِمتْ لها، فإذا تعذَّر التضمينُ لَزِمها السِّعايةُ كالعِتْقِ المُوقَعِ[3]، هذا كلُّه إذا كانتْ حمَلتْ على مِلْكِهما.

فإن كانا اشتَرياها وهي حامِلٌ فولدَتْ[4] فادَّعاه أحدُهما ثبَت نسبُه، ويَضمَنُ لشريكِه نصفَ قيمتِه؛ وذلك لأن ابتداءَ العُلُوقِ لم يكن في مِلْكِهما، فلم يَجُزْ إسنادُ الدعوةِ إلى وقتِ العُلُوقِ، إلا أنه قد ادَّعى نسَب ولدِ بعضِه على مِلْكِه فيكونُ دعوةَ ملْكٍ، ودعوةُ الملْكِ بمنزلةِ عتاقٍ مُوقَعٍ.

ولو أَعْتَق هذا العبدَ ضَمِن نصيبَ شريكِه كذلك هذا، ويَستوِي فيه اليَسارُ

---

(١) في (ي): «بالقيمة».

(٢) في (أ، ر، س، ض، ظ، ع): «يلزم».

(٣) بعده في (ي): «في المرض».

(٤) بعده في (ح): «ولدًا».

والإعسارُ؛ لأنه ضمانُ نقْلٍ على ما بيَّنَّاه.

ولا يُشْبِهُ هذا إذا كانتْ حملَتْ على مِلْكِهما؛ لأنا لمَّا أَسْنَدْنا الدعوةَ إلى حينِ العُلُوقِ كان الولدُ حادِثًا على مِلْكِه فسقَط ضمانُه، وهاهنا لابُدَّ مِن إفرادِ الولدِ بالضمانِ لمَّا لم يمكنْ أن يُسْنَدَ ذلك إلى وقتِ العُلُوقِ، ولا عُقْرَ عليه؛ لأنه أقرَّ بوَطْئِها قبْلَ الشراءِ، ولا عُقْرَ للشريكِ لأجْلِ وَطْءٍ لم يُوجَدْ في مِلْكِه.

فأمَّا الآمُّ[1] فقد اعتَرف بالاستِيلادِ في نصيبِه فيُقْبَلُ اعْتِرافُه، والاستِيلادُ لا يتبعَّضُ فيما يُمْكِنُ نقْلُ الملْكِ فيه، فيَنْتَقِلُ نصيبُ شَرِيكِه إليه وتَصِيرُ أُمَّ ولدٍ له، ويَضْمَنُ نَصِيبَ شَرِيكِه.

قال: فإن ادَّعياه جميعًا معًا ثبَت نسَبُهما[2]، وكانتِ الأُمُّ أُمَّ ولدٍ لهما، وعلى كلِّ واحدٍ منهما نصفُ العُقْرِ قِصاصًا بمالِه على الآخَرِ.

أما النسَبُ فيثبُتُ منهما، وقال الشافعيُّ: يُرجَعُ فيه إلى القافةِ[3].

لنا: ما رُوِي: «أن عمرَ بنَ الخطاب كُتِب إليه[4] في جاريةٍ بينَ شريكَيْنِ جاءَتْ بولدٍ فادَّعياه، فقال عمرُ: إنهما لبَّسا فلُبِّس عليهما، ولو بيَّنَا لبُيِّن لهما، هو ابنُهما يَرِثُهما ويَرِثَانِه، وهو للباقِي منهما»[5]. وكان ذلك بحضْرَةِ الصحابةِ مِن غيرِ نكيرٍ،

(١) في (أ، ح، ر، ض): «الآخر».

(٢) في (ح، ر، ض، غ، ل): «نسبه منهما».

(٣) ينظر: «بحر المذهب» (٨/ ٣٣٤)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٢٩٧).

(٤) قال في حاشية (ح): «الكاتب إلى عمر في ذلك هو القاضي شريح».

(٥) أخرجه الطحاوي في «شرح المعاني» (٤/ ١٦٣)، والبيهقي (١٠/ ٢٦٤) من طريق سعيد بن المسيب، عن عمر. وأخرجه البيهقي (١٠/ ٢٦٤) من طريق الحسن، عن عمر. دون قوله: «لبَّسا فلُبِّس عليهما، ولو بيَّنَا لبُيِّن لهما». وقال البيهقي: «هاتان الروايتان ... كلتاهما منقطعة».

ورُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مثلُه[1]، ولا مخالِفَ لهما.

ولأنهما تَساوَيا في سببِ الاستحقاقِ، فلا يُقدَّم أحدُهما على الآخَرِ، كالاثنينِ إذا أقام كلُّ واحدٍ منهما البيِّنةَ بالنسَبِ.

فإن قيل: رُوِي: «أن رجلَيْن تنازَعا في نسَبِ ولدٍ، فدعا عمرُ بقائفَيْنِ وسألهما عن ذلك»[2]، ولم يُنْكِرْ عليه أحدٌ مِن الصحابةِ.

قيل له: رُوِي: «أنه دعا بهما، وفرَّق بينَهما وسألَهما، فلمَّا قالا أَوْجَعهما ضرْبًا، ولم يَقْبَلْ قولَهما»[3]، فصار هذا دليلًا لنا.

فإن قيل: فلِمَ سألهما؟

قيل له: كانا قائفَيْنِ في الجاهليةِ فأراد أن يَعْرِفَ أنهما على ذلك أو تابا، فلمَّا عرَف أنهما باقِيانِ على ما كانا عليه أدَّبهما لِيَرْجِعا عنه، والذي يؤكِّدُ ذلك أن

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٣٤٧٣)، وابن أبي شيبة (٣٢١١٧) والبيهقي (١٠/ ٢٦٨) من طريق قابوس، عن أبي ظبيان عن علي: «أنه أتاه رجلان وقعا على امرأة في طهر فقال: الولد بينكما وهو للباقي منكما». وقال البيهقي: «وروي من وجه آخر عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ مرسلًا، وفي ثبوته عن علي رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ نظرٌ».

(٢) أخرجه الطحاوي في «مشكل الآثار» (١٢/ ٢٥٢)، وفي «شرح المعاني» (٤/ ١٦٣)، والبيهقي (١٠/ ٢٦٤).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٨): «القائف: هو الذي يتتبع الآثار ويعرفها، ويعرف شبه الرجل بأبيه وبأخيه، جمعه القافة، يقال: فلان يقوف الأثر. ويقتافه قيافة؛ مثل: قفا الأثر واقتفاه».

(٣) أخرجه مالك (٢/ ٧٤٠)، والطحاوي في «مشكل الآثار» (١٢/ ٢٥٤)، وفي «شرح معاني الآثار» (٤/ ١٦١)، والبيهقي (١٠/ ٢٦٣). والذي في هذه الرواية أنه قائف واحد وضربه عمر.



النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لمَّا لاعَن بينَ هلالِ بن أُمَيَّةَ وامرأتِه قال: «إنْ أَتَتْ بِوَلَدٍ[1] عَلَى صِفَةِ كَذَا فَهُوَ لِهِلَالِ بنِ أُمَيَّةَ، وإنْ أَتَتْ بِهِ عَلَى صِفَةِ كَذَا فَهُوَ لِشَرِيكٍ»[2]. ولم يَرْجِعْ في ذلك إلى القافةِ.

فإن قيل: قد رجَع إلى الشبَهِ[3]، وهذا هو القِيافَةُ.

قيل له: النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ عرَف ذلك مِن طريقِ الوَحْي، فأما أن يكونَ قاله مِن طريقِ القِيافةِ[4] فلا.

وإذا ثبَت ما قُلناه، وأن النسَبَ يثبُتُ منهما: صار نصيبُ كلِّ واحدٍ منهما أُمَّ ولَدٍ؛ لأن نسبَ ولدِها ثبَت منه فصار كالمنفَرِدِ بالدعوةِ، ولا يَضْمَنُ واحدٌ منهما لصاحبِه شيئًا مِن قيمةِ الجاريةِ؛ لأن نصيبَه لم ينتَقِلْ إلى شريكِه، والضمانُ إنما يَجِبُ إذا انتَقَل إليه، إلا أنه قد وجَب لكلِّ واحدٍ منهما على الآخَرِ نصفُ العُقْرِ، فيكونُ أحدُهما قِصاصًا بالآخَرِ.

قال: ويَرِثُ الابنُ مِن كلِّ واحدٍ منهما ميراثَ ابنٍ كاملٍ، ويَرِثانِ منه ميراثَ أبٍ واحدٍ.

وذلك لأن كلَّ واحدٍ مِن المدعِيَيْنِ ادَّعى أنه ابنُه، وأنه يَستَحِقُّ من مالِه ميراثَ ابنٍ كاملٍ، فيُقْبَلُ[5] قولُه على نفْسِه، وأما في حقِّ الابنِ[6] فكلُّ واحدٍ منهما

(١) في (أ، ع): «بالولد».

(٢) أخرجه البخاري (٤٧٤٧)، ومسلم (١٤٩٧) من حديث ابن عباس.

(٣) في (أ٢، ح، غ، ل): «التشبيه».

(٤) في (ي): «القافة».

(٥) في (أ٢، ح، ض، غ، ل): «فقبل».

(٦) في (ي): «الأب».

يدعِي في مالِه استحقاقَ فرْضٍ[1] بالميراثِ والآخرُ يدَّعِيه أيضًا، وقد تَساوَيا في سببِ الاستحقاقِ، فيكونُ بينَهما كما لو أقاما بَيِّنةً على شيءٍ واحدٍ.

وقد قال أبو حنيفةَ: لو كانتِ الأُمُّ بينَ ثلاثةٍ، أو أربعةٍ، أو خمسةٍ، فادَّعَوه فهو ابنُهم.

وقال أبو يوسفَ: لا يثبُتُ مِن أكثرَ مِن اثنينِ.

وقال محمدٌ: ثلاثةٌ[2].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنهم تَساوَوا في سببِ الاستحقاقِ، فصار كما لو أقاموا البَيِّنةَ على ملْكٍ.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن القِياسَ يَمْنَعُ أن يثبُتَ النسَبُ مِن أكثرَ مِن واحدٍ، وإنما تركْنا[3] القياسَ في الاثنينِ لِما رُوِيَ عن عمرَ، فما زاد على ذلك[4] على أصلِ القياسِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن الحمْلَ الواحدَ يَجوزُ أن يكونَ ثلاثةَ أولادٍ مُعتادًا[5]، وكلُّ واحدٍ[6] منهم يَجوزُ أن يُخْلَقَ[7] مِن ماءٍ منْفَرِدٍ، فكذلك الولدُ الواحدُ

(١) في (أ٢، ح، غ): «قدر».

(٢) في (ح): «لا يثبت من أكثر من ثلاثة». وينظر: «بدائع الصنائع» (٦/ ٢٤٤)، و«المحيط البرهاني» (٩/ ٣٢٧).

(٣) في (ر، ض): «تركوا».

(٤) بعده في (ض، ع): «بقي»، وبعده في (ي): «يكون».

(٥) في (ض، ظ، ل): «معتاد».

(٦) ليس في (أ٢، ح، غ، ل).

(٧) في (ح): «علق»، وفي (ض): «يكون قد خلق»، وفي (ي): «يكون».

يَجوزُ أن يُخْلَقَ مِن ثلاثةٍ، وقد جاء عن إبراهيمَ[1]: «أنه أَثْبَت النسبَ مِن ثلاثةٍ»، وما زاد على ذلك ليس بمعتادٍ في الحمْلِ، ولا ورَد به أثَرٌ فلم يثْبُتْ.

وإذا ثبَت مِن أصلِ أبي يوسفَ أنه لا يثبُتُ النسَبُ مِن أكثرَ مِن اثنينِ، وعندَ محمدٍ لا يثبُتُ مِن[2] أكثرَ مِن ثلاثةٍ: فإذا ادَّعاه[3] أكثرُ مِن ذلك لم يكن بعضُهم بثبوتِ النسَبِ أَوْلى [4]مِن بعضٍ[4]، فوقَفَتِ الدعوةُ على بلوغِ الصبيِّ، فيُصَدِّقُ مَن شاء منهم، كمَن ادَّعى في غيرِ مِلْكِه أن دعواه تَقِفُ على التصديقِ.

قال: وإذا وَطِئ المَوْلَى جاريةَ مُكاتَبِه فجاءَتْ بولَدٍ فادَّعاه؛ فإن صدَّقه المكاتَبُ ثبَت نسَبُ الولَدِ منه، ولكن[5] عليه عُقْرُها وقيمةُ ولدِها، ولا تَصِيرُ أُمَّ ولدٍ[6]، وإن كذَّبه[7] في النسَب لم يثْبُتْ.

أما اعتبارُ التصديقِ في ثبوتِ النسَبِ، فلأن المولى عقَد على نفْسه أن لا يتعرَّضَ لشيءٍ مِن مالِ مكاتَبِه بغيرِ رضاه، فلو جوَّزْنا الدعوةَ كان نقْضًا لِما الْتَزَمه، وهذا لا يَصِحُّ، وليس كذلك الأبُ إذا ادَّعى ولدَ جاريةِ ابنِه أنه لا يُعْتبَرُ تصديقُ الابنِ؛ لأنه لم يَعْقِدْ على نفْسِه عقْدًا [8]منَع به[8] التصرُّفَ في مالِ ولدِه، فلذلك لم تَقِفْ دعوتُه على تصديقِه.

---

(١) بعده في (ي): «النخعي».
(٢) في (ي): «في».
(٣) في (ي): «ادَّعا».
(٤-٤) ليس في (أ، ع، ي).
(٥) في (ح، ونسخة مختصر القدوري): «كان». وينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ١٠٩).
(٦) بعده في (ح، ونسخة مختصر القدوري): «له». وينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ١١٠).
(٧) في (أ، س، ع، ي): «أكذبه».
(٨-٨) في (س): «منع معه»، وفي (ض): «منع في»، وفي (ي): «يمنع من».

وقد رُوِي عن أبي يوسفَ أنه قال: لا يُعْتَبَرُ تصديقُ المكاتَبِ؛ لأن مالَ المكاتَبةِ[1] موقوفٌ على مولاه، فدعوتُه فيه أَقْوى مِن دعوةِ الأبِ، فإذا لم يُعْتَبَرْ في دعوةِ الأبِ التصديقُ فالمكاتَبُ أَوْلَى[2].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأنه لو ثبَت النسبُ مِن غيرِ تصديقِ المكاتَب لوجَب أن يثبُتَ الاستيلادُ في الأُمِّ كما يثبُتُ في جاريةِ الابنِ، فلمَّا لم يثبُتْ دلَّ على اختلافِهما.

وإذا ثبَت نسَبُ[3] الولدِ بتصديقِ المكاتَبِ لَزِم المولى قيمتُه؛ لأن النسَبَ يثبُتُ لوجودِ شبهةِ الملْكِ فاحتاج إلى نقْلِه إليه، ونقْلُ ملْكِ[4] المكاتَبِ لا يَجوزُ إلا بالقيمةِ وعليه العُقْرُ؛ لأن الوَطْءَ في ملْكِ الغيرِ لا يَخلُو مِن حدٍّ أو مَهْرٍ، وقد سقَط الحدُّ للشبهةِ فوجَب العُقْرُ.

ولا يُشْبِهُ هذا الأبَ إذا ادَّعى ولدَ جاريةِ ابنِه أنه[5] لا يَلْزَمُه العُقْرُ؛ لأن هناك لَزِمه[6]، ودخَل[7] في ضمانِ قيمةِ الأُمِّ؛ لأنه ضمانُ جزءٍ، وفي مسألتِنا لا تَجِبُ قيمةُ الأُمِّ فيَلْزَمُه العُقْرُ.

فأما الأُمُّ فلا تَصِيرُ أُمَّ ولدٍ؛ لأنها إنما تَصِيرُ أُمَّ ولدٍ إذا نقَلْناها إلى مِلْكِه،

---

(١) في (ح): «المكاتب».

(٢) ينظر: «بدائع الصنائع» (٤/ ١٢٩)، و«البناية» (٦/ ١٠٨).

(٣) في (ع): «النسب في».

(٤) ليس في (أ، ر، ض، ع).

(٥) في (ظ): «لأنه»، وفي (ع): «حيث».

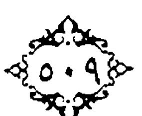
(٦) بعده في (ي): «قيمة الأم».

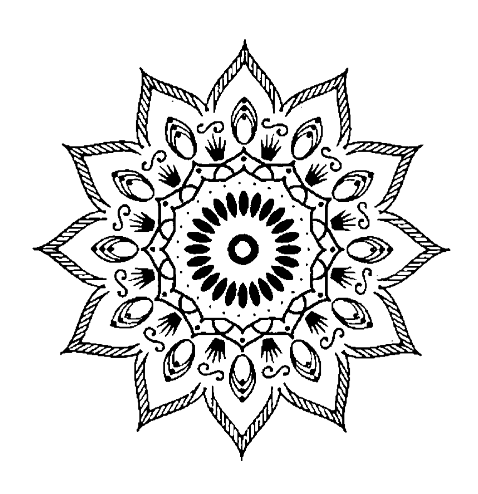
(٧) في (ي): «فدخل العقر».

وليس يُمْكِنُ نقْلُها؛ لأنّا لو نقَلْناها لنقَلْناها مِن يوم العُلُوقِ، وفي تلك الحالِ الولَدُ لا قيمةَ له، فيؤدِّي إلى نقْلِ شخصَيْنِ في الظاهِرِ إليه بقيمةِ أحدِهِما، ألا تَرى أن النقْلَ حصَل في هذا الوقتِ وإنما نُسْنِدُه[1] إلى ما تقدَّم، ونقْلُ شخْصَيْنِ بقيمةِ أحدِهما فيه معْنى التبرُّعِ، ومالُ المكاتَبِ لا يَحْتَمِلُ التبرُّعَ، ولا يُشْبِهُ هذا مالَ الابنِ؛ لأنه يحتَمِلُ التبرُّعَ.

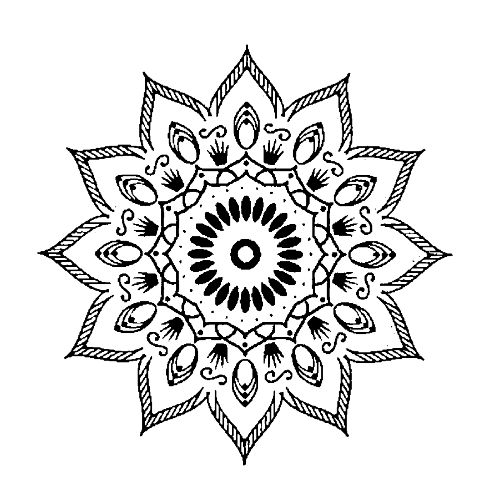
والله أعلم

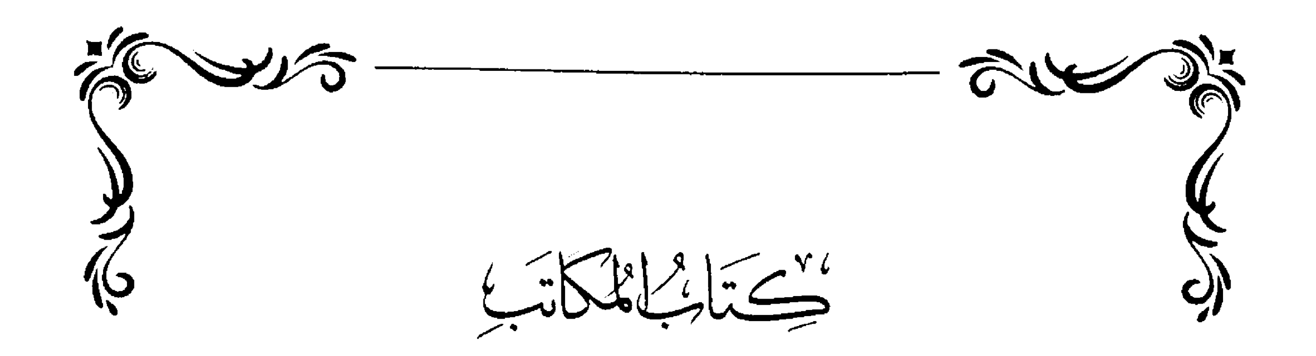
(١) في (أ٢، ر، ل): «يسنده»، ورسم بغير نقط أوله في (ح، غ).





كِتَابُ المُكَاتَبِ





كتاب المكاتب

الأصلُ في جوازِ الكتابةِ قولُه تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]. وهذا وإن كان بلفظِ الأَمْرِ فعندَ جميعِ الفقهاءِ المرادُ به النَّدْبُ، ورُوِي عن النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «أَيُّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ عَلَى مئةِ دِينَارٍ فَأَدَّاهَا إِلَّا عَشَرَةَ دَنَانِيرَ فَهُوَ عَبْدٌ»[(١)]. وهذا يدُلُّ على جوازِ الكِتابةِ.

والكتابةُ مندُوبٌ إليها غيرُ واجبةٍ، والدليلُ عليه جوازُ عِتْقِ العبدِ وبيعِه بالإجماعِ، ولو وجَبتِ الكتابةُ لم يَجُزْ بيعُه، والذي رُوِي: «أن عمرَ بنَ الخطابِ رفَع الدِّرَّةَ على أنسِ بنِ مالكٍ حينَ طلَب منه عبدٌ له يُسمَّى سِيرِينَ الكتابةَ[(٢)]، وقال له: كاتِبْ»[(٣)]. فليس يدُلُّ على أنه كان يعتَقِدُ وجوبَ الكتابةِ على المَوْلَى، ألا ترى أنه قد يأْمُرُ على جهةِ النَّدْبِ والإرشادِ دُونَ الإيجابِ، فلا يُحمَلُ على الإيجابِ بالشَّكِّ.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: **وإذا كاتَب المَوْلَى عبدَه أو أَمَتَه على مالٍ شرَطه عليه وقَبِل العبدُ ذلك صار مُكاتَبًا.**

---

(١) أخرجه أبو داود (٣٩٢٧)، والترمذي (١٢٦٠)، والنسائي في «الكبرى» (٥٠٠٧)، وابن ماجه (٢٥١٩) عن عبد الله بن عمرو بن العاص. وقال الترمذي: «غريب». بلفظ: «مئة أوقية».

(٢) بعده في (أ٢، غ، ل): «فمنعه»، والذي في مصدري التخريج بلفظ: «فأبى».

(٣) أخرجه البخاري معلقًا (٣/ ١٥١)، ووصله عبد الرزاق (١٥٥٧٨) عن موسى بن أنس. وأخرجه عبد الرزاق (١٥٥٧٧)، والبيهقي (١٠/ ٣١٩) عن قتادة، عن أنس بن مالك.



أما جوازُ الكتابةِ فقد بيَّنَّاه، وأما اعتبارُ قبولِ العبدِ فلأنَّ العبدَ لا يَلْزَمُه أداءُ المالِ إلَّا بالْتِزامِه، والمولى لم يَرْضَ بإخراجِه إلى العِتْقِ إلا بالمالِ المشروطِ، فوقَف على قبولِ العبدِ لذلك والْتِزامِه.

قال: ويَجوزُ أن يَشْتَرِطَ المالَ حالًّا، ويَجوزُ مؤجَّلًا ومنجَّمًا.

وقال الشافعيُّ: لا تَجوزُ الكتابةُ الحالَّةُ[1].

لنا: قولُه تعالى: ﴿فَكَاتِبُوهُمْ إِنْ عَلِمْتُمْ فِيهِمْ خَيْرًا﴾ [النور: ٣٣]. ولم يُفَصِّلْ، ولأنه عقْدٌ ليس مِن شرْطِه التأجيلُ، فلا يكونُ مِن شرْطِه التنجيمُ، أصلُه عقْدُ البيعِ.

فإن قيل: رُوِي عن عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنه قال: «الكتابةُ على نَجْمَيْنِ»[2].

قيل له: هذا يدُلُّ على جوازِ الكتابةِ على نجمَيْنِ، ولا يدُلُّ على[3] أنها لا تَجوزُ عندَ عدمِها.

فإن قيل: عقْدٌ على ما يَعْجِزُ عن تَسْليمِه عَقِيبَ وجوبِ تَسْليمِه فوجَب أن

---

(١) ينظر: «الأم» (٨/ ٥٠، ٤٦)، و«مختصر المزني» (٨/ ٤٣٣)، و«نهاية المطلب» (١٩/ ٣٤٢)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٢١٢).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة (٢١٨٢٩)، والبيهقي (١٠/ ٣٤٢) عن علي بلفظ: «إِذَا تَتَابَعَ عَلَى الْمُكَاتَبِ نَجْمَانِ فَدَخَلَ فِي السَّنَةِ، فَلَمْ يُؤَدِّ نُجُومَهُ، رُدَّ فِي الرِّقِّ». وفي إسناد ابن أبي شيبة حجاج بن أرطأة وهو ضعيف. ينظر: «الدراية» (٢/ ١٩٢).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٢٩): «التنجيم: هو أن يقرر للعطاء أوقاتًا معلومة متتابعة، مشاهرة، أو مساناة، وأصله أن العرب كانت تجعل مطالع منازل القمر ومساقطها مواقيت لحلول ديونها وغيره؛ فتقول إذا طلع النجم، أي الثريا: حل عليك مالي. وكذلك باقي المنازل».

(٣) من (أ٢، ض، غ، ل، ي).



لا يَصِحَّ، أصلُه إذا أَسْلَم في معدُومٍ.

قيل له: هذا يَبْطُلُ بِمَنْ باع عبدًا بِخُراسانَ وهو ببغْدَادَ، ولأنَّا لا نُسَلِّمُ أنه يَعْجِزُ عن تسليمِ ما وجَب عليه بعْدَ وجوبِ تسليمِه؛ لأن عندَنا لا يَجِبُ عليه تسليمُ المالِ في الحالِ، ولكنه يؤجَّلُ يومينِ وثلاثةً لِيتوصَّلَ إلى تحصيلِ مالِ الكتابةِ، ولا نَعْلَمُ أنه يَعْجِزُ عن تحصيلِه لجوازِ أن يَقْدِرَ على ذلك.

ويَجوزُ أيضًا أن يُقْرِضَه إنسانٌ في الحالِ مالًا فيؤدِّيَه في الكتابةِ فلم يُعْلَمْ عجْزُه، ثُمَّ المعْنى في الأصلِ أنه مَبيعٌ، وبَيْعُ ما يَعْجِزُ عن تسليمِه لا يَصِحُّ، وفي مسألتِنا هو بمنزلةِ الثمنِ، والعقدُ على ما يَعْجِزُ عن تسليمِ ثمنِه لا يُفْسِدُه، أصلُه المفْلِسُ إذا اشْتَرى بما لا يَمْلِكُه.

والدليلُ على جوازِ الكتابةِ مؤجلًا: أنَّه بدلٌ عن العتقِ فجازَ مؤجلًا كالعتقِ على مالٍ، وإنما جاز منجمًا فلِما ذكرناه من خبرِ عليٍّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ.

قال: ويَجوزُ كتابةُ العبدِ الصغيرِ إذا كان يَعْقِلُ الشراءَ والبيعَ.

وقال الشافعيُّ: لا يَصِحُّ[1].

وهذه المسألةِ فرعٌ على جوازِ الإذنِ للصبيِّ في التجارةِ، ولأنه قادرٌ على الاكتسابِ، والصِّغَرُ يُوجِبُ الحجْرَ فلا يَمْنَعُ جوازَ الكتابةِ كالرِّقِّ.

قال: وإذا صحَّتِ الكتابةُ خرَج المكاتَبُ مِن يدِ المَوْلَى، ولم يَخْرُجْ مِن مِلْكِه، فيَجوزُ له البيعُ والشراءُ والسفَرُ.

---

(١) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٤٣٣)، و«الحاوي» (١٨/ ١٤٣)، و«المهذب» (٢/ ٣٨١).

أما خروجُه مِن يدِ المولى، فلأنَّ عقدَ الكتابةِ أوْجَب ثبوتَ المالِ في ذِمَّةِ المكاتَبِ، وصار إذْنًا وسببًا في كلِّ ما يتوصَّلُ به إلى أداءِ مالِ الكتابةِ، فيَصِيرُ المكاتَبُ بذلك في يدِ نفْسِه، ويَصِيرُ له ذِمَّةٌ كذِمَّةِ الحرِّ، ويكونُ أخصَّ باكتسابِه[1] مِن مولاه، ولا يَجوزُ لمولاهُ أخْذُ شيءٍ مِن كسْبِه بغيرِ رضاه؛ لأن هذا كلَّه يتوصَّلُ به إلى أداءِ المالِ فكان مقْتَضى العقدِ[2].

وقد قال الشافعيُّ: لا يَجوزُ له أن يُسافِرَ[3].

وهذا لا يَصِحُّ؛ لأن السفرَ تصرُّفٌ يؤدِّي إلى أداءِ مالِ الكتابةِ، وليس فيه صريحُ تبرُّعٍ فجاز كالبيعِ.

فإن قيل: فيه غَرَرٌ وخَطَرٌ.

قيل له: يَبْطُلُ بالرهْنِ والوديعةِ، فإن[4] فيه ذلك ويَصِحُّ مِن المكاتَبِ.

وأما قولُه: ولا يَخْرُجُ مِن مِلْكِه. فصحيحٌ، وعندَنا لا يَعْتِقُ إلا بأداءِ جميعِ المالِ، رُوِي ذلك عن زيدِ بنِ ثابتٍ[5]، وابنِ عمرَ[6]، وعائشةَ[7]،..............................

(١) في (ح، ض، ض١، ض٢، ظ، غ، م): «بأكسابه».

(٢) ينظر: «المبسوط» (٧/ ٢٣٦)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٥٧)، و«الجوهرة النيرة» (٢/ ١١٠).

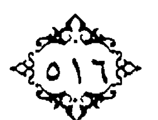
(٣) هناك قولان: الأول المنع من السفر، والثاني وهو الأظهر جواز سفره. وينظر: «نهاية المطلب» (١٩/ ٤٥٠)، و«المهذب» (٢/ ٣٨٦)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٢٣٣).

(٤) من (أ٢، ر، س، غ، ل).

(٥) أخرجه البخاري تعليقًا (٣/ ١٥٢)، ووصله أبو يوسف في «الآثار» (٨٦٢)، وعبد الرزاق (١٥٧١٧).

(٦) أخرجه البخاري تعليقًا (٣/ ١٥٢)، ووصله مالك (٢/ ٧٨٧)، وابن أبي شيبة (٢٠٩٤٢).

(٧) أخرجه البخاري تعليقًا (٣/ ١٥٢)، ووصله عبد الرزاق (١٥٧٢٦)، وابن أبي شيبة (٢٠٩٤٧).



وأُمِّ سلمةَ[1] رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُم، وعن ابنِ عباسٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمَا: «أنه يَعْتِقُ بالعقدِ ويكونُ المالُ دَيْنًا عليه»[2]، وقال عليٌّ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «كلَّما أدَّى شيئًا عتق بقَدْرِه»[3]. وعن ابنِ مسعودٍ: «إذا أدَّى قَدْرَ قِيمَتِه عتَق وهو غَرِيمٌ»[4]، وعن عمرَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ: «إذا أدَّى النصفَ عتَق»[5].

دليلُنا: ما رُوِي في حديثِ عمرِو بنِ شعيبٍ، عن أبيه، عن جدِّه، أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «أَيُّمَا عَبْدٍ كُوتِبَ عَلَى مئةِ دِينَارٍ فأدَّاها إلَّا عشرةَ دَنَانِيرَ فَهُوَ عبْدٌ». ورُوِي عنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «المكاتَبُ عبْدٌ مَا بَقِيَ عليه دِرْهَمٌ»[6].

وأما قوله: إنه يَجوزُ له البيعُ والشراءُ والسفَرُ. فلأنَّ هذا إنما يَحْصُلُ به مالُ

---

(١) أخرجه عبد الرزاق (١٥٧٢٨)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١١٢).

(٢) قال الطحاوي في «أحكام القرآن» (٢/ ٤٥٩) «بعض أهل العلم ذكره عن ابن عباس، ولم يذكر إسنادًا، وذلك عندنا غير صحيح عن ابن عباس».

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٥٧٢١).

(٤) أخرجه أبو يوسف في «الآثار» (٨٦١)، والبيهقي (١٠/ ٣٢٦). وصحَّحه ابن حزم في «المحلى» (٨/ ٢٤٧).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٢٠٩٦٠)، والطحاوي في «شرح معاني الآثار» (٣/ ١١١).

(٦) أخرجه أبو داود (٣٩٢٦)، ومن طريقه البيهقي في «السنن الصغير» (٣٤٦٩) من طريق إسماعيل بن عياش، حدثني سليمان بن سليم، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. وإسماعيل بن عياش ثقة في الشاميين، وهذا منه، فإن سليمان بن سليم شامي أيضًا. قال الخطابي في «معالم السنن» (٤/ ٣٧): «أجمع عامة الفقهاء على أن المكاتب عبد ما بقي عليه درهم في جنايته والجناية عليه، ولم يذهب إلى هذا الحديث من العلماء، فيما بلغنا، إلا إبراهيم النخعي، وإذا صح الحديث وجب القول به إذا لم يكن منسوخًا أو معارضًا بما هو أولى منه، والله أعلم». ينظر: «الجوهر النقي» (١٠/ ٣٢٥، ٣٣٦)، و«نصب الراية» (٤/ ١٤٣)، و«التلخيص الحبير» (٤/ ٥١٦)، و«الدراية» (٢/ ١٩١).



الكتابةِ فملَكه بالعقـدِ.

قال: ولا يَجوزُ له التزويجُ إلا بإذْنِ المَوْلَى.

وذلك لِما بيَّنَّا أن المكاتَبَ باقٍ على ملْكِ المولى، وإنما يَستَفِيدُ بعقدِ الكتابةِ ما يؤدِّي إلى أداءِ مالِ الكتابةِ، وهذا المعْنى لا يُوجَدُ في النكاح فبَقِي على الحجْرِ، فإنْ أَذِن له المولى جاز لزوال الحجْرِ بإذْنِه.

قال: ولا يَهَبُ ولا يتصدَّقُ إلا بالشيءِ اليَسِيرِ.

وذلك لأن ما في يدِ المكاتَبِ موقوفٌ، والهبةَ والصدقةَ تبرُّعٌ، وتبرُّعُ الإنسانِ في غيرِ مِلْكِه لا يَصِحُّ؛ ولأن تعلُّقَ حقِّ المولى بالمالِ هو المانعُ مِن وقوعِ ملْكِ المكاتَبِ، وتعلُّقُ حقِّ الغيرِ بالمالِ يَمْنَعُ التبرُّعَ.

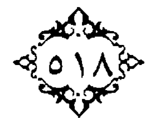
الدليلُ عليه: حقُّ الغرماءِ، فأما الصدَقةُ بالشيءِ اليسيرِ، فالقياسُ أن لا يَجوزَ أيضًا، وهو قولُ الشافعيِّ[1]؛ لأنه تبرُّعٌ فلا يَجوزُ كالكثيرِ إلا أنهم استَحْسَنُوا فيه لِما رُوِي: «أن سلمانَ، وكان مُكاتَبًا، أَهْدَى إلى النبيِّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقَبِل هديَّتَه»[2]، ولأنه يتوصَّلُ بذلك إلى أداءِ مالِ الكتابةِ؛ لأنه مِن عادةِ التُّجارِ وفيه ترغيبُ التجارِ فيه، فلذلك جوَّزُوه.

---

(١) ينظر: «المهذب» (٢/ ٣٨٦)، و«روضة الطالبين» (٣/ ٢٠١).

(٢) أخرجه أحمد (٢٢٩٩٧)، والحاكم (٢/ ١٦) من طريق عبد الله بن بريدة، عن أبيه به. وقال الحاكم: «صحيح على شرط مسلم». وصحَّحه الحافظ في «الدراية» (٢/ ٢٤١).

وأخرجه البيهقي (٥/ ٣٢٧)، و(٦/ ١٨٥) من طريق قيس بن حفص، عن مسلمة بن علقمة، عن داود بن أبي هند، عن سماك بن حرب، عن سلامة العجلي، عن سلمان الفارسي.



قال: ولا يَتكفَّلُ.

لأنه تبرُّعٌ بمنزلةِ القَرْضِ، وقَرْضُه لا يَجوزُ كذلك هذا.

وقد قالوا: لو أجاز المولى كفالتَه أو هِبَتَه لم يَصِحَّ أيضًا؛ لأنه لا مِلْكَ له في مالِه، وإنما حقُّه متعلِّقٌ به، فهو بمنزلةِ الغريمِ إذا أجاز عِتقَ الوارثِ وهِبَتَه لمالِ الميِّتِ أنه لا يَجوزُ[1].

قال: فإن وُلِد له ولدٌ مِن أَمَةٍ له دخَل في كتابتِه وكان حكْمُه كحكْمِه، وكسبُه له.

وذلك لأن الولدَ مِن حكْمِه أن يَتْبَعَ الأبَ ما لم ينتَقِلْ بالأُمِّ حكمُه عنه، ألا تَرى أن ولدَ الحرِّ مِن أَمَتِه حرُّ الأصلِ؛ لأن الأُمَّ في مِلْكِه فلم يَنْتَقِلْ حكْمُه إلى غيرِه، وكذلك ولدُ المكاتَبِ مِن أَمَتِه يكونُ في حكْمِه، وكذلك ولدُ المكاتَبةِ يدْخُلُ في كتابتِها.

وقال الشافعيُّ: لا يدْخُلُ في الكتابةِ، ولكنه يَعْتِقُ بعِتقِها في أَحَدِ القولَيْنِ، ولا يَعْتِقُ على القولِ الآخَرِ[2].

لنا: أنه عقْدٌ على الرِّقِّ بِعِوَضٍ، فدخَل فيه الولَدُ على طريقِ التَّبَعِ كالبيعِ؛ ولأنه حقُّ حرِّيَّةٍ يثبُتُ للأُمِّ بِمَنْعِ جوازِ البيعِ فسَرى إلى الأولادِ، أصلُه التدْبيرُ والاستيلادُ.

فإن قيل: الولدُ إما أن يكونَ مِلْكًا للمَوْلى أو للمُكاتَبِ، ولا يَجوزُ أن يكونَ

(١) ينظر: «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٣٧٥)، و«بدائع الصنائع» (٧/ ١٩٧).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٦/ ٢١٠)، و«نهاية المطلب» (١٩/ ٤٢٠)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٢٨٦).

مِلْكًا للمُكاتَبِ؛ لأنه لا يَمْلِكُ شيئًا، فلم يَبْقَ إلا أن يكونَ مِلْكًا للمَوْلى، وهو لم يَرْضَ إلا بكتابةِ الأُمِّ خاصةً فلا يَلْزَمُه ما لم يَرْضَ به.

قيل له: هذا التقسيمُ موجودٌ في ولدِ أُمِّ الولَدِ يَتْبَعُها في حكْمِها، فبأيِّ شيءٍ انفصلُوا[1] به[2] هناك فهو الجوابُ في مسألتِنا.

وإذا ثبَت أن الولدَ يدْخُلُ في كتابةِ الأبِ كان كسبُه له؛ لأنه لو لم يَدَّعِه لكان هو كسبَه له فلا يَبْطُلُ مِلْكُه عن كسبِه بدعوتِه؛ لأنه لا يَمْلِكُ إخراجَ مِلْكِه إلى غيرِه بغيرِ بدَلٍ، وكان الكسبُ له بعْدَ الدعوةِ.

قال: فإن زوَّجَ المَوْلى عبدَه مِن أَمَتِه، ثُمَّ كاتَبَهما فولَدَتْ منه ولدًا دخَل في كتابتِها وكان كسبُه لها.

وذلك لأن الولدَ نماءٌ مِن الأُمِّ وقد انْفَصَل منها وله قيمةٌ، وانفصَل مِن الأبِ وهو ما لا قيمةَ له، فصار مِن هذا الوجهِ في حكْمِ جزءٍ مِن أجزائها فتكونُ أحقَّ به وبِكَسْبِه، ولأنه حقُّ حرِّيَّةٍ فسَرى مِن الأُمِّ إلى الولدِ دُونَ الأبِ، فلذلك كانت أخصَّ به.

قال: وإن وَطِئ المَوْلى مكاتَبَتَه لَزِمه العُقْرُ[3].

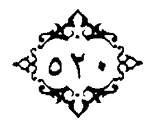
وذلك لما بيَّنَّا أنها خرَجتْ بالكتابةِ مِن يدِه وصارتْ أخصَّ بنفْسِها منه، والعُقرُ

---

(١) في (ح): «تفضلوا».

(٢) في (ل): «أنه».

(٣) العُقر: مهر المرأة إذا وطئت عن شبهة. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٤٥)، وقد تقدَّم تعريفه في باب الاستيلاد.



هو بدَلُ جزءٍ مِن أجزائها، ولو أتْلَف جزءًا منها كان أَرْشُه[1] لها، كذلك هذا.

قال: وإن جنَى عليها أو على ولدِها لَزِمه الجنايةُ، وإن أتْلَف مالًا لها غَرِمه.

وذلك لِما بيَّنَّا أن عقدَ الكتابةِ أَوْجَب لها أن تكونَ أخصَّ بنفْسِها وأكسابِها مِن المولى، وأن لا يأْخُذَ شيئًا مِن ذلك إلا برضاها، فصار مِن هذا الوجْهِ بمنزلةِ الأجنبيِّ فلَزِمه الضمانُ كما يَلْزَمُ الأجنبيَّ، وكما يَلْزَمُ المولى أَرْشَ الجنايةِ على العبدِ المرهونِ.

قال: وإذا اشْتَرى المُكاتَبُ أباه أو ابنَه دخَل في كتابتِه.

وجُملةُ هذا أن المكاتَب إذا اشْتَرى ذوي أرحامِه دخَل في الكتابةِ مَن له أولادٌ استِحْسانًا، ولا يدْخُلُ غيرُهم، وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يدْخُلُ في الكتابةِ كلُّ مَن يَعْتِقُ على الحرِّ إذا ملَكه[2].

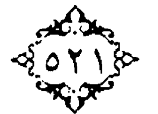
وجْهُ القياسِ: أن المشْتَرى كسْبٌ له، والحقوقُ لا تَسْرِي إلى الأكسابِ بدليلِ كسبِ المدبَّرِ، وأُمِّ الولدِ، وكسبِ الجاريةِ المبيعةِ في يدِ البائعِ، ولأنهم لو دخَلوا في الكتابةِ استحقُّوا الحرِّيَّةَ مِن غيرِ عِوَضٍ، والمكاتَب لا يَمْلِكُ هذا المعْنى، وإنما استَحْسَنُوا في الأَبَوَيْنِ والولدِ؛ لأنهم يَنْتَسِبُون إليه بالأولادِ فصار كالولدِ المولودِ، وهذا الموضعُ -وإن كان استِحْسانًا- فإنه يَجوزُ القياسُ عليه.

وجْهُ قولِهما: أن المشتَرَى إذا كان بينَه وبينَ المشتَرِي رَحِمٌ كامِلٌ صار في حكْمِه، الدليلُ عليه الحرُّ إذا اشْتَرى ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ.

---

(١) الأرش: دية الجراحات. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٤٥).

(٢) (٣٠) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٥)، و«العناية» (٩/ ١٨٠)، و«البناية» (١٠/ ٣٩٨).



والجوابُ: أن الحرَّ يَمْلِكُ إيقاعَ الحرِّيَّةِ مِن غيرِ عِوَضٍ والمكاتَبُ لا يَمْلِكُها، وليس هذا بمنزلةِ المولودِ في الكتابةِ؛ لأن هناك الحرِّيَّةَ تثْبُتُ له بطريقِ السِّرايَةِ فيَعْتِقُ مِن طريقِ الحكْمِ لا بِفِعْلِه.

قال: وإن اشْتَرى أُمَّ ولدِه دخَل ولدُها في الكتابةِ ولم يَجُزْ له بيعُها.

أما دخولُ ولدِها في الكتابةِ فقد بيَّنَّاه.

وأما قولُه: ولا يَجوزُ له بيعُها. فلا خلافَ فيه بينَ أصحابِنا، واختلَفوا إذا اشتراها ولا ولدَ لها، فقال أبو حنيفة: يَجوزُ بيعُها. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: لا يَجوزُ بيعُها[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن القياسَ يقتَضِي جوازَ بيعِها وإن كان معها ولدٌ؛ لأن حقَّ الاستيلادِ مِمَّا لا يَلْحَقُه الفسخُ، ومالُ المكاتَبِ موقوفٌ، فلم يَجُزْ أن يتعلَّق به ما لا يَلْحَقُه الفسخُ، ولأن مالَه موقوفٌ عليه وعلى مولاه، والاستيلادُ لا يثبُتُ بدَعْوى المولى كذلك بدعواه، وإنما تركَوا القياسَ إذا كان هناك ولدٌ؛ لأن حقَّ الحرِّيَّةِ يثبُتُ لها على طريقِ التَّبَعِ، ألا تَرى أن المكاتِبَ يَجوزُ أن يموتَ فيَخْلُفَه الولدُ فتستَحِقُّ الأُمُّ الحرِّيَّةَ، وإذا انفردَتْ لا يوجَدْ هذا المعْنى فجاز بيعُها.

وجْهُ قولِهما: أن مَن منَع مِن بيعِ ولدِه منَع مِن بيعِ أُمِّه كالحرِّ.

قال: فإن اشْتَرى ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه لا وِلادَ له لم يدْخُلْ في كتابتِه عند أبي حنيفةَ[2].

---

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٦)، و«العناية» (٩/ ١٨١)، و«البناية» (١٠/ ٣٩٩).

(٢) قال في حاشية: «ويجوز له بيعه، وما لا يتكاتب عليه ولا يجوز له بيعه، كما في الولاد، =



وقد بيَّنَّا ذلك.

قال: وإذا عجَز المكاتَبُ عن نجْمٍ نظَر الحاكِمُ في حالِه؛ فإن كان له مالٌ يَقْدَمُ عليه[1]، أو دَينٌ يقتَضِيه لم يُعَجِّلْ بتعجِيزِه وانتظَر عليه اليومَيْنِ والثلاثةَ، وإن لم يكن له وجْهٌ وطلَب المَوْلَى تَعْجِيزَه عجَّزه وفسَخ الكتابةَ، وقال أبو يوسفَ: لا يُعجِّزُه حتى يتوالَى عليه نَجْمانِ[2].

إنما قُلنا: إنه لا يُعجِّلُ بتعجيزِه؛ لأنه إذا كان له مالٌ يَقدَمُ عليه فهو غيرُ عاجزٍ، وهذا القَدْرُ مِن التأخيرِ لا يُوجِبُ الحكْمَ بعجْزِه، كما أن الغريمَ الحرَّ إذا أقرَّ بدَيْنٍ، وسأل أن يُمْهِلَه اليومَ واليومينَ لِيُحْضِرَ المالَ أو لِيَبِيعَ عينًا في يدِه أجابه إلى ذلك، لم يكن بذلك مُمْتَنِعًا مِن أدائه، ولم يَحْبِسْه به فكذلك هذا.

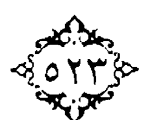
فأما إذا لم يكن له وجْهٌ فقد سبَق عجْزُه، والمولى لم يَرْضَ باستحقاقِ الحرِّيَّةِ عليه إلا بأداءِ المالِ على هذا الوجْهِ، فلا يَلْزَمُه ما لم يَرْضَ به، ولأنه ليس في اعتبارِ نَجْمَيْنِ أَوْلى مِن اعتبارِ ما زاد عليهما.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أنه لا يتحقَّقُ العجْزُ بتأخيرِ نجمٍ واحدٍ لجوازِ أن يكون له مالٌ يُرَدُّ أو دَيْنٌ يُقْبَضُ، ولا يَجوزُ فسخُ الكتابةِ مع عدمِ العجْزِ، وليس كذلك

إذ وجوب الصلة يشمل الكل، ولأبي حنيفة: أن المكاتب له كسب وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق، ولهذا لا يفسد نكاح امرأته لو اشتراها، ومن كان كسوبًا وفقيرًا يجب عليه نفقة من له الولاد دون نفقة غيره من الأقارب، والدخول في الكتابة صلة فيختص بموضع وجوب الصلة، وقيِّد بالمحرم؛ إذ في غيره لا يتكاتب عليه اتفاقًا».

(١) يعني: يأتي من وجه من المؤجر. ينظر: «البناية» (١٠/ ٤٤١).

(٢) (٣٥) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٣)، و«العناية» (٩/ ٢٠٦)، و«البناية» (١٠/ ٤٤١).



إذا توالى عليه نجمانِ؛ لأنه إذا عجَز عن نجمَيْنِ، فالظاهِرُ أنه يَعْجِزُ عن الثالثِ.

قال: وإذا عجَز المُكاتَبُ عاد إلى أحكامِ الرِّقِّ، وكان ما في يدِه مِن الأكسابِ لمَولاه.

وذلك لأن في تعجيزِه فسخَ الكتابةِ، وإذا انْفَسَخ العقدُ عاد إلى ما كان عليه مِن الرِّقِّ قبْلَ ذلك، فأما الذي في يدِه مِن الأكسابِ فقد كان موقوفًا عليه وعلى مولاه، فلما عاد الرِّقُّ زال المعْنى الموجِبُ لإيقافِه فكانت للمَوْلى؛ لأنها متولِّدةٌ مِن مِلْكِه.

قال: وإن مات المكاتَبُ وله مالٌ لم تَنفَسِخِ الكتابةُ، وقضَى[1] مالَها[2] مِن أكسابِه[3]، وحُكِم بعتقِه في آخِرِ جزءٍ مِن أجزاءِ حياتِه[4].

وقال الشافعيُّ: الكتابةُ تَبْطُلُ بالموتِ[5].

لنا: أنه عقدُ معاوضةٍ لا يَبْطُلُ بموتِ أحدِ المتعاقِدَيْنِ بكلِّ حالٍ، فلا يبطُلُ بموتِ العاقِدِ الآخَرِ، أصلُه البيعُ، ولأنه أحدُ عاقِدِي الكتابةِ، فجاز أن يقومَ غيرُه مقامَه بعْدَ موتِه في الحكْمِ المتعلِّق بمالِ الكتابةِ، أصلُه المولى.

---

(١) في (غ، م): «قبض»، وفي (ل، ي): «قضيت».

(٢) في (ح): «مال كتابته»، وفي (ض): «لها»، وفي (ق، ونسخة مختصر القدوري): «ما عليه»، وفي (ل): «كتابته»، وفي (ي): «الكتابة».

(٣) في (ر، س، ظ): «اكتسابه»، وفي (ق، ونسخة مختصر القدوري): «ماله»

(٤) ينظر: «المبسوط» (٧/ ٢٢٧)، و«تحفة الفقهاء» (٢/ ٢٨٣)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ٨٣، ١٥٥)، و«الهداية» (٣/ ٢٦٩).

(٥) ينظر: «الأم» (٨/ ٥٦)، و«نهاية المطلب» (١٩/ ٤٠٧)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٢٥٨)



فإن قيل: لا يَخْلُو إما أن يَعْتِقَ المكاتَبُ حالَ الأداءِ أو حالَ الحياةِ، وحالُ الأداءِ هو ميِّتٌ، والعِتْقُ لا يَقَعُ على الميتِ، ولا يَجوزُ أن يَعْتِقَ حالَ الحياةِ؛ لأن شرْطَ وقوعِ العِتْقِ لم يوجَدْ، وهو الأداءُ، فلم يَبْقَ إلَّا أن لا يَعْتِقَ، وهذا يُوجِبُ فسخَ الكتابةِ.

قيل له: شرطُ وقوعِ العِتْقِ في الكتابةِ ليس هو وجودَ الأداءِ، وإنما هو سقُوطُ الدَّيْنِ عن ذِمَّةِ المكاتَبِ على وجْهٍ يَنْتَفِعُ به المولى، ألا تَرى أنه لو أَبْرأه حالَ الحياةِ عتَق ولم يوجَدِ الأداءُ، إلَّا أن المالَ سقَط عن ذمتِه على وجْهٍ ينتَفِعُ به المولى وهو الثوابُ.

وإذا ثبَت هذا، قُلنا: إذا مات يسقُطُ الدَّيْنُ عن ذِمَّتِه؛ لأن الموتَ يُبْطِلُ الذِّمَّةَ إلا أنا لا نَحْكُمُ بوقوعِ العِتْقِ؛ لأنا لا نَعْلَمُ أن هذا السقوطَ ينتَفِعُ به المولى، فإذا أدَّى المالَ بعْدَ موتِه تبَيَّنَّا أن سقوطَ الدَّيْنِ عن ذِمَّتِه كان على وجْهٍ ينتَفِعُ به المولى وهو شَرْطُ وقوعِ العِتْقِ، فوقَع في آخِرِ جزءٍ مِن أجزاءِ حياتِه، وهو الوقتُ الذي يُبْطِلُ ذِمَّتَه، فلا يكونُ في هذا إيقاعُ العِتْقِ قبْلَ وجودِ شرْطِه.

قال: وإنْ لم يترُكْ وفاءً وترَك ولدًا مولودًا في الكتابةِ سعَى في كتابةِ أَبِيه على نجومِه، فإذا أدَّى حكَمْنا بعِتْقِ أَبِيه قبْلَ موتِه وعتَق الولدُ.

وذلك لِما بيَّنَّا أن الولدَ يدْخُلُ في الكتابةِ ويكون كسبُه كسبًا للمُكاتَبِ، فإذا مات المكاتَبُ خلَفه الولدُ في الأداءِ فصار كأن المكاتَبَ ترَك مالًا، ويؤدِّي الولدُ على نجومِ المكاتَبِ؛ لأن حقَّ الكتابةِ سَرى إليه فيثبُتُ له الحقُّ على ما كان ثابتًا لأبيه، فيثْبُتُ له حقُّ التأجيلِ كما كان لأبيه فلا يسقُطُ ذلك بموتِ أبيه، وبهذا فارق



الحُرَّ إذا كان عليه دَيْنٌ مؤجَّلٌ فمات فإنه يَحِلُّ؛ لأن مَن يقومُ مقامَه في الأداءِ لم يثبُتْ له حقُّ التأجيلِ.

وإذا ثبت ما قُلْناه؛ ثُمَّ أدَّى الولدُ المالَ حكَمْنا بعِتْقِ أبيه قبْلَ موتِه، لِما بيَّنَّا مِن[1] وجودِ شرْطِ العِتْقِ، وإذا عتَق الأبُ عتَق الولدُ، ومثلُ هذا غيرُ مُمْتَنِعٍ أن يثبُتَ الحكْمُ ويستَنِدَ إلى ما تقدَّم، كمَن حفَر بئرًا في الطريقِ، ثُمَّ مات وله عبدٌ لا مالَ له غيرُه فأعْتَق الوارثُ العبدَ، ثُمَّ وقَع في البئرِ إنسانٌ أن الوارِثَ يَضْمَنُ قيمةَ العبدِ، ويَصِيرُ وكأنه أتْلَف العبدَ بعْدَ ثبوتِ الجنايةِ، وكمَن ترَك ابنَيْنِ وعليه دَيْنٌ مُسْتَغْرِقٌ، ثُمَّ مات أحدُ الابنَيْنِ وترَك ابنًا، ثُمَّ أبرأ الغُرماءُ مِن الدَّيْنِ فإنَّ المالَ يكونُ بينَ الابنِ وابنِ الابنِ نِصْفَيْنِ.

قال: وإن ترَك ولدًا مُشْتَرًى[2] قِيل له: إمَّا أن تؤدِّيَ الكتابةَ[3] حالَّةً[4]، وإلا رُدِدْتَ في الرِّقِّ.

وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفةَ. وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يُؤدِّيه إلى أَجَلِه[5].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الولدَ المشترَى لا يدْخُلُ في الكتابةِ على ما بيَّنَّاه، وإنما يثبُتُ له حكْمُ الكتابةِ على وجْهِ التَّبَعِ، فصار كمَن كاتَب عبدَه على ألفٍ وشرَط في أدائه عِتْقَ عبدِه الغائبِ، ثُمَّ مات المكاتَبُ، فإن الأجَلَ لا يثبُتُ في

---

(١) من (أ، ر، س، غ، ي).

(٢) بعده في (ض٢، ونسخة مختصر القدوري): «في الكتابة».

(٣) في (ح): «المال»، وأشار في حاشيتها أنه كالمثبت في نسخة. (٤) في (ح): «حالًا».

(٥) (٤٣) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٦٥)، و«العناية» (٩/ ٢١١)، و«البناية» (١٠/ ٤٥١).

حقِّ الغائبِ كذلك هذا، وليس كذلك المولودُ في الكتابةِ؛ لأن الحقَّ سَرَى إليه على الوجْهِ الذي تعلَّق بالأصلِ، فلهذا يثبُتُ في حقِّه التأْجِيلُ.

وجْهُ قولِهما: أن الولدَ المشتَرى يدْخُلُ في الكتابةِ على أصلِهما، فصار كالمولودِ في الكتابةِ.

وإذا ثبَت مِن أصلِ أبي حنيفةَ أن التأجيلَ لا يثبُتُ في حقِّه: صار مالُ الكتابةِ حالًّا بموتِ المكاتَبِ، فإن أدَّاه الابنُ حالًّا وُجِد شرْطُ العِتْقِ فعتَق بِعِتْقِ أبيه، وإن لم يؤدِّه حُكِم بِرِقِّه؛ لأنَّا حكَمْنا بعَجْزِ أبيه فأَوْجَب ذلك ردَّ ولدِه إلى الرِّقِّ.

قال: وإذا كاتَب المسلِمُ عبدَه على خَمْرٍ، أو خِنْزِيرٍ، أو على قيمةِ نفْسِه فالكتابةُ فاسِدةٌ.

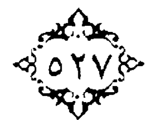
وذلك لأن الخمرَ بدَلٌ فاسدٌ ممنوعٌ منه لِحقِّ اللَّهِ تعالى، وإذا بطَل أن يكونَ بدلًا فسَد العقدُ، كما لو ذكَره في عقدِ البيعِ، وأما العقدُ على القيمةِ ففاسدٌ أيضًا؛ لأن القيمةَ مجهولةٌ جهالةً كثيرةً، وجهالةُ البدَلِ تُوجِبُ بُطْلانَ العقدِ أصلُه البيعُ، ولا يُشْبِهُ هذا إذا كاتَبه على عبدٍ؛ لأن العبدَ معلومٌ وصفتُه مجهولةٌ، وجهالةُ الصفةِ لا تَمْنَعُ صحةَ العقدِ.

قال: فإن أدَّى الخَمْرَ عتَق ولَزِمه أن يَسْعَى في قيمتِه.

هكذا ذكَره محمدٌ في «الأصلِ» مِن غيرِ تفصيلٍ، وهو قولُ أبي يوسفَ، وروَى أبو يوسفَ، عن أبي حنيفةَ: أنه لا يَعْتِقُ بأدائها إلَّا أن يكونَ قال: إذا أدَّيْتَ إليَّ فأنتَ حُرٌّ(١).

---

(١) ينظر: «الأصل» (٥/ ٢١٢)، و«الهداية» (٣/ ٢٥١)، و«العناية» (٩/ ١٦١)، و«البناية» (١٠/ ٣٧٣).



وجْهُ ما رواه أبو يوسفَ: أن الكتابةَ فيها معْنى اليمينِ وفيها معْنى العقودِ، بدليلِ أنها لا تَبْطُلُ بالموتِ، ولو كانت يَمِينًا لبطَلَتْ بالموتِ، وإذا بطَل معْنى العقدِ فيها بَقِي معْنى اليمينِ فيها فوجَب اعتبارُ التصريحِ بالشرْطِ، فإذا لم يُوجَدْ لم يَعْتِقْ.

وجْهُ ما ذكَره في «الأصلِ»: أن قولَه: كاتَبْتُكَ بكذا. يقتَضِي الأداءَ مِن طريقِ الحكْمِ فصار كأنه شرَط ذلك فإذا وُجِد عتَق، وإنما لَزِمتْه قيمتُه إذا عتَق؛ لأن العقدَ الفاسدَ إذا أُتْلِف فيه المعقودُ عليه وجبَتْ قيمتُه، أصلُه إذا أَتْلَف المبيعَ في العقدِ الفاسدِ في يدِ المشتَرِي.

وقد ذكَر في «الأصلِ»: أنه لو كاتَبه على مَيتةٍ أو دمٍ فأدَّاه لم يَعْتِقْ إلَّا أن يكونَ قال: إذا أدَّيتَها فأنتَ حرٌّ[1].

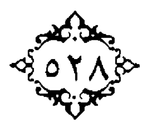
والفَرْقُ بينَهما على روايةِ «الأصلِ»: أن الميتةَ لا قيمةَ لها، فلم يتضمَّنْ ذِكْرُها معْنى العِوَضِ فاعْتُبِر معْنى الشرْطِ، وليس كذلك الخمْرُ؛ لأنها مالٌ، وإنما يَبْطُلُ فيها حكْمُ التسميةِ في حقِّ المسلِمِ فصار العقدُ واقِعًا على بدَلٍ، فاعْتُبِر فيه معْنى العقودِ، يُبيِّنُ صحةَ ذلك أن البيعَ لو وقَع بخمْرٍ فقُبِض المبيعُ ملَكه، ولو وقَع بميتةٍ فقُبِض المبيعُ لم يَمْلِكْه.

قال: ولا يُنْقَصُ[2] مِن[3] المُسمَّى، ويزادُ عليه.

(١) ينظر: «الأصل» (٦/ ٢٨٨)، و«الهداية» (٣/ ٢٥٥)، و«تبيين الحقائق» (٥/ ١٥٤).

(٢) في (ي): «ينتقص».

(٣) في (ع): «في».



وذلك لِما بيَّنَّا أنه عقْدٌ فاسدٌ، والعقدُ الفاسدُ إذا تَلِف فيه المعقودُ عليه وجبَتْ قيمتُه بالغةً ما بَلَغتْ، كذلك هذا.

قال: وإن كاتَبه على حيوانٍ غيرِ موصوفٍ فالكتابةُ جائزةٌ.

وقال الشافعيُّ: لا يَجوزُ(1).

لنا: أنه بدَلٌ عمَّا ليس بمالٍ فإذا ثبَت في الذِّمَّةِ جاز أن يثبُتَ معه الوسَطُ مِن غيرِ وصْفٍ، أصلُه الدِّيَاتُ.

فإن قيل: ما لا يَجوزُ ثبوتُه في الذِّمَّةِ بعقدِ البيعِ لا يَجوزُ ثبوتُه في الذِّمَّةِ بعقدِ الكتابةِ، أصلُه الخمْرُ.

قيل له: عقدُ الكتابةِ قد سُومِح فيه ما لم يُسامَحْ في عقدِ البيعِ، ألا ترى أن في عقدِ الكتابةِ جاز بيعُ مِلْكِه مِن مِلْكِه، وهذا لا يُوجَدُ في سائرِ العقودِ، وأما الخمْرُ فلا يَجوزُ ثبوتُها في الذِّمَّةِ في الدِّيَاتِ كذلك في الكتابةِ، والحيوانُ المطْلَقُ بخلافِه.

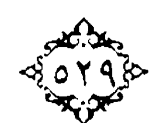
قال: وإذا كاتَب عبدَيْه كتابةً واحدةً بألفِ دِرهمٍ جاز.

ومعْنى قولِه: كتابةً واحدةً. أن يقولَ: إن أدَّيا عتَقا، وإن عجزا رُدَّا في الرِّقِّ. وإنما جاز العقدُ كذلك؛ لأن ما جاز أن يُجمَعَ بينَهما فيه بعقدَيْنِ فإنه يَجوزُ بعقْدٍ واحدٍ كالبيعِ.

قال: فإنْ أدَّيَا عتَقا، وإن عجَزا رُدَّا في الرِّقِّ.

---

(1) ينظر: «مختصر المزني» (8/ 433)، و«الحاوي» (18/ 145)، و«بحر المذهب» (8/ 271)، و«نهاية المطلب» (19/ 342).



وقال زفرُ: إن أدَّى أحدُهما حصتَه عتَق[1].

لنا: أن العقدَ صفقةٌ واحدةٌ فلا يَقعُ العِتْقُ بأداءِ البعضِ ككتابةِ العبدِ الواحدِ، وكما لو جُعِل كلُّ واحدٍ منهما كَفِيلًا عن الآخَرِ، ولأن الكتابةَ فيها معْنى الشرطِ بدليلِ أن العِتْقَ يَقعُ في فسادِها بالأداءِ لوجودِ الشرطِ، والعتْقُ إذا تعلَّق بشرطَيْنِ لم يَقَعْ بوجودِ أحدِهما.

وجْهُ قولِ زفرَ: أن المولى قد سَلِم له البدَلُ، فوجَب أن يُسْلِمَ العبدُ المبْدَلَ، ولأن العبدَ لا يَلْزَمُه أكثرُ مِن أداءِ نصيبِه، فلم يَقِفْ عتقُه على ما لا يَلْزَمُه.

وقد روَى ابنُ شجاعٍ، عن أبي حنيفةَ، وأبي يوسفَ: أنه لو قال لعبدَيْهِ: كاتَبْتُكما على ألفٍ. ولم يذْكرِ النجومَ، ولا قال: إن أدَّيا عتَقا. فأدَّى أحدُهما حصتَه عتَق، فكأنهما لمَّا لم يَذْكُرا النجومَ، دلَّ على[2] أنه لم يَجْعَلْ ذلك صفقةً واحدةً، ويَصِيرُ كمَن قال لرجلَيْنِ: بِعْتُكما هذينِ العبدَيْنِ؛ هذا منكَ وهذا مِن الآخَرِ بألفٍ. فقَبِلا، لَزِم كلَّ واحد منهما حصتُه مِن الثمَنِ كذلك هذا[3].

قال: وإن كاتَبهما على أن كلَّ واحدٍ منهما ضامِنٌ عن الآخَرِ جازتِ الكتابةُ[4].

وهذا الذي ذكَره استِحسانٌ، والقياسُ أن لا يَجوزَ، وهو قولُ الشافعيِّ[5].

لنا: أنه قد كاتَب كلَّ واحدٍ منهما وجعَل عتقَ الآخَرِ مشروطًا في كتابتِه وهو

---

(١) ينظر: «عيون المسائل» (ص ٤٠٦)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٤٥). (٢) من (أ، ض).

(٣) ينظر: «مجمع الضمانات» (٢/ ٩٠٧).

(٤) ينظر: «الجوهرة النيرة» (٢/ ١١٤)، و«اللباب» (٣/ ١٣٢).

(٥) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٤٣٤)، و«الحاوي» (١٨/ ١٦٦)، و«بحر المذهب» (٨/ ٢٨٣).

يَمْلِكُ ذلك، ألا تَرى أنه لو قال لعبدِه: كاتبتُكَ على ألفٍ، على أنك إذا أدَّيْتَ فهذا العبدُ الآخَرُ معكَ حُرٌّ. جاز، فإذا جمَع بينَهما في هذا الشرطِ جاز أيضًا.

فإن قيل: هذا العقدُ باطلٌ مِن وجهَيْنِ:

أحدهما: أنه شرَط الكفالةَ بمالِ الكتابةِ، وذلك لا يَصِحُّ.

والثاني: أنه جعَل المكاتَب كفِيلًا، وكفالةُ المكاتَب لا تَجوزُ.

قيل له: الكفالةُ بمالِ الكتابةِ إنما لا تَصِحُّ مِن الحرِّ؛ لأن دَيْنَ الكتابةِ ناقصٌ، ألا تَرى أن المولى لا يَجوزُ أن يثبُتَ له على عبدِه دَينٌ صحيحٌ، ولا يَجوزُ أن يثبُتَ في ذِمَّةِ الكفيلِ أكثرُ مِمَّا يثبُتُ في ذِمَّةِ المكفولِ عنه، فلو صحَّتْ كفالةُ الحرِّ بمالِ الكتابةِ ليثبُتَ في ذِمَّتِه كامِلًا، وهو أكثرُ مِمَّا في ذِمَّةِ المكفولِ عنه، فلذلك لم يَصِحَّ[1]، وفي مسألتِنا ما يثبُتُ في ذِمَّةِ الكفيلِ هو دَينُ المولى على عبدِه، فهو ناقصٌ، فلم يثبُتْ في ذِمَّةِ الكفيلِ أكثرُ مِمَّا في ذِمَّةِ المكفولِ عنه فصحَّ.

وأما كفالةُ المكاتَبِ فلا تَصِحُّ؛ لأنها تبرُّعٌ، وتبرُّعُ المكاتَبِ لا يَصِحُّ، وهذا لا يُوجَدُ في مسألتِنا؛ لأن عتقَه معلَّقٌ بهذه الكفالةِ فهو يَعْتِقُ بأداءِ المالِ، فلم يكن ذلك تبرُّعًا فصحَّ.

قال: وأيُّهما أدَّى عتَقا.

لأنه وُجِد الشرْطُ الموجِبُ للعِتْقِ.

قال: ويَرْجِعُ على شَرِيكِه بنصفِ ما أدَّى.

---

(١) في (ح، ع): «تصح»، ورسم بغير نقط في (س، ض).



وهذا لا شبهةَ فيه إذا أدَّى جميعَ المالِ؛ لأنه أدَّى المالَ الذي يكفُلُ به عن صاحبِه فكان له الرجوعُ، والذي كان على صاحبِه نصفُ المالِ، فيَرْجِعُ بذلك.

وقد قالوا: إن أدَّى قليلًا أو كثيرًا فله أن يَرْجِعَ على صاحبِه بنصفِه؛ لأن المالَ لَزِمهما بجهةٍ واحدةٍ، وهي عقْدُ الكتابةِ، ولو كان لَزِم كلَّ واحدٍ منهما نصفُ المالِ عِوَضًا مِن نصيبِه، ونصفُه بالكفالةِ لَعَتَقَ بأداءِ النصفِ، فلمَّا لم يَعْتِقْ إلَّا بأداءِ الجميعِ عُلِم أنه لَزِم كلَّ واحدٍ منهما جميعُه بجهةٍ واحدةٍ، فأيَّ قَدْرٍ[1] أدَّى رجَع بنصفِه، كما قالوا في الكفيلَيْنِ بمالٍ واحدٍ: إذا كان كلُّ واحدٍ منهما كفيلًا عن صاحبِه.

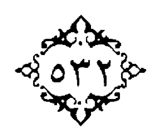
ولا يُشْبِهُ هذا المتفاوِضَيْنِ إذا اشْتَرَيا شيئًا، ثُمَّ افْتَرَقا أن ما يُؤدِّي كلُّ واحدٍ منهما لا يَرْجِعُ بشيءٍ منه حتى يزيدَ على حصتِه مِن الثمَنِ؛ لأن المالَ هنا لَزِمهما بجهتَيْنِ أحدُهما الشراءُ والأُخرى الكفالةُ، فأيَّ شيءٍ أدَّى انصرَف إلى ما لَزِمه بالعقدِ دُونَ الكفالةِ، فإذا زاد على ذلك رجَع به.

قال: وإذا أَعْتَق المَوْلَى مكاتَبَه عتَق بعِتْقِه، وسقَط عنه مالُ الكتابةِ.

وذلك لأنه على مِلْكِه فيَصِحُّ عتقُه كغيرِ المكاتَبِ، وإنما سقَط عنه مالُ الكتابةِ؛ لأن المولى قد استوفَى الرقبةَ بالعِتقِ، فلا يَجوزُ أن يأخُذَ في مقابلتِها بدَلًا كما لو أَعْتَق غيرَ المكاتَبِ.

قال: وإذا مات مَوْلى المكاتَبِ لم تَنْفَسِخِ الكتابةُ، وقيل له: أَدِّ المالَ إلى ورثةِ المَوْلى على نجومِه.

(١) في (أ٢): «شيء قد».



وذلك لأن عقدَ الكتابةِ سببٌ استحَقَّ به العبدُ حقَّ الحرِّيَّةِ مُطْلَقًا، فلا يَبْطُلُ بموتِ المولى كالتدْبيرِ والاستيلادِ، ولا خلافَ في ذلك، وإذا لم يَبْطُلِ العقدُ والورثةُ يَخْلُفُون الميتَ أدَّى المال إليهم كما كان يُؤدِّي حالَ حياتِه.

قال: فإن أَعْتَقه أحدُ الورثةِ لم ينفُذْ عتقُه.

وقال الشافعيُّ: ينْفُذُ[1].

وهذا الخلافُ فرْعٌ على أصلٍ؛ وهو أن المكاتَبَ لا يَصِحُّ أن يُمْلَكَ، ولا يَجوزُ بيعُه.

وقال الشافعيُّ في أحدِ قولَيْهِ: يَجوزُ[2].

لنا: أنه عقدٌ يُوجِبُ زوالَ يدِ المولى فمنَع البيعَ كالبيعِ والرهْنِ، ولأن حقَّ الحرِّيَّةِ قد ثبَت له مُطْلَقًا فلا يَجوزُ بيعُه كأُمِّ الولدِ.

فإن قيل: إنه عِتْقٌ معلَّقٌ بشرْطٍ في حالِ الحياةِ فلا يَمْنَعُ البيعَ كما لو علَّقه بدخولِ الدارِ.

قيل له: المعْنى فيه أنه لا يُوجِبُ زوالَ يدِ المولى عنه فلم يَمْنَعْ مِن بيعِه، وهاهنا بخلافِه.

وإذا ثبَت أن المكاتَبَ لا يَصِحُّ أن يُمْلَكَ: لم ينتَقِلْ إلى الورثةِ وإنما ينتَقِلُ إليهم الدَّيْنُ، والعِتْقُ لا يَقَعُ إلا في مِلْكٍ، ولم يُوجَدْ فلم ينفُذْ.

قال: وإن أَعْتَقُوه جميعًا عتَق، وسقَط عنه مالُ الكتابةِ.

---

(١) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٤٣٥)، و«الحاوي» (١٨/ ٢٠٨).

(٢) ينظر: «الحاوي» (٨/ ٤٣٧)، و«المهذب» (٢/ ٣٨٤)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ٢٨٠).



وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ: أن لا ينْفُذَ.

وجْهُ القياسِ: أن العتقَ لا يَقَعُ إلَّا في مِلْكٍ، ولا مِلْكَ للورثةِ في المكاتَبِ فلم ينفُذْ عتْقُهم.

وجْهُ الاستحسانِ: أن عتقَهم يقتَضِي براءةَ ذِمَّتِه مِن مالِ الكتابةِ، والمكاتَبُ يَعْتِقُ بأحدِ شيئينِ؛ إما بالأداءِ، أو ببراءةِ ذِمَّتِه مِن جميعِ المالِ، بدليلِ أن المولى لو أَبْرأه حالَ الحياةِ مِن المالِ عتَق، وقد وُجِد ذلك في مسألتِنا فعتَق مِن هذا الوجْهِ.

قال: وإذا كاتَب المَوْلى أُمَّ ولدِه جاز.

وذلك لأن رِقَّها باقٍ على مِلْكِه فصحَّتِ الكتابةُ كالعبد القنِّ.

فإن قيل: رِقُّ أُمِّ الولدِ لا قيمةَ له، فلا يَجوزُ للمَولى أخْذُ العِوَضِ عنه.

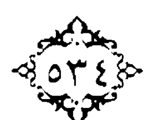
قيل له: لِرِقِّها قيمةٌ في السِّعايةِ، وإنما لا قيمةَ له في العقودِ والبياعاتِ، ألا تَرى أن أُمَّ الولدِ النصرانيِّ إذا أَسْلَمَتْ لَزِمها السِّعايةُ لهذا المعْنى.

قال: فإن مات المولى سقَط عنها مالُ الكتابةِ، وذلك لأنها استحقَّتِ الحرِّيَّةَ مِن وجْهَيْنِ، فإذا مات عتقَتْ بكونِها أُمَّ ولدٍ فبطَل حكمُ الآخَرِ، وإذا بطَل بطَل ما في مقابلَتِه مِن البدَلِ.

قال: وإن ولدَتْ مكاتبتُه منه فهي بالخيارِ؛ إن شاءتْ مضَتْ على الكتابةِ، وإنْ شاءَتْ عجَّزَتْ[1] نفْسَها، وصارتْ أُمَّ ولدٍ.

---

(١) التعجيز من المكاتب: أن يعترف بعجزه عن أداء بدل الكتابة، وحقيقته النسبة إلى العجز، =



وذلك لأنه قد ثبَت لها حقُّ الحرِّيَّةِ مِن وجهَيْنِ، وفي كلِّ واحدٍ منهما فائدةٌ، وهو تَعْجِيلُ الحرِّيَّةِ باختيارِ الكتابةِ، وحصولِ الحرِّيَّةِ بغيرِ بدَلٍ إذا اختارتْ أن تكونَ أُمَّ ولدٍ، فكان الخيارُ إليها، كمَن قال لعبدِه: أنتَ حُرٌّ على مئةِ دينارٍ، ثُمَّ قال له: إن دخَلْتَ الدارَ فأنتَ حُرٌّ.

وقد قالوا: إذا اختارَتِ الكتابةَ فلها العقدُ؛ لأنه في حكْمِ جزءٍ مِن أجزائِها، والمولى إذا أَتْلَف جزءًا مِن أجزاءِ المكاتَبِ فعليه أَرْشُه.

قال: وإذا كاتَب مدبَّرَتَه جاز.

وذلك لأن المدبَّرَ رِقُّه باقٍ على ملْكِ مولاهُ إلَّا أنه قد ثبَت له حقُّ الحرِّيَّةِ، ومَن ثبَت له حقُّ الحرِّيَّةِ مِن وجهٍ يَجوزُ أن يثبُتَ له مِن وجْهٍ آخرَ كما بيَّنَّاه.

قال: فإن مات المَوْلى ولا مالَ له كانتْ بالخيارِ بينَ أن تَسْعَى في ثُلُثَي قيمتِها، أو جميعِ مالِ الكتابةِ.

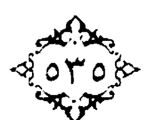
وهذا الذي ذكَره قولُ أبي حنيفة، وقال أبو يوسفَ: تَسعَى في الأقلِّ، ولا خيارَ لها.

وقال محمدٌ: تَسعَى في الأقلِّ مِن ثُلُثَي قيمتِها، وثُلُثَي مالِ الكتابةِ، ولا خيار[1].

فقد وافَق أبو يوسفَ أبا حنيفةَ في اعتبارِ جميعِ مالِ الكتابةِ؛ والوجْهُ في ذلك: أن المولى قد جعَل مالَ الكتابةِ في مقابلةِ رِقٍّ ناقصٍ، فلو أسقَطْنا منه مقدارَ ما

وقد عجَّز نفسه، أي: نسبها إلى العجْز، والنسبة بضم النون وكسرها لغتان. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٦٤).

(١) ينظر: «الهداية» (٣/ ٢٥٨)، و«العناية» (٩/ ١٨٩)، و«البناية» (١٠/ ٤١٢).



عتَق بالموتِ، جعَلنا البدَلَ في مقابلةِ رقٍّ كاملٍ وهذا لا يَصِحُّ، وليس كذلك إذا كاتَبه، ثُمَّ دبَّره؛ لأنه جعَل مالَ الكتابةِ في مقابلةِ رِقٍّ كاملٍ، فإذا عتَق بعضُه بتدْبيرٍ متأخِّرٍ استَوْفَى المولى بعضَ الرِّقِّ، فلم يَجُزْ أن يستحِقَّ على المكاتَبِ جميعَ البدَلِ.

وجْهُ قولِ محمدٍ: أن العتقَ وقَع بعْدَ الكتابةِ فصار كالعِتْقِ بالإيقاعِ المبتدأِ.

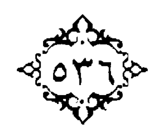
وأما ثبوتُ الخيارِ على قولِ أبي حنيفةَ: فلأنَّ العتقَ عندَه يتبعَّضُ، وعتقُ البعضِ لا يُوجِبُ عتقَ الجميعِ، فصارتِ الحرِّيَّةُ ثابتةً له مِن وجْهَيْنِ، فلها أن تختار أيَّهما شاءَتْ، كمَن قال لعبدِه: أنتَ حرٌّ على مئةِ دينارٍ، أو على ألفٍ.

وعلى أصلِهما: عتْقُ البعضِ أوْجَب عتقَ الجميعِ، والدَّيْنُ ثابتٌ على حُرٍّ فلا معْنى لتخْييره بينَ القليلِ والكثيرِ، فأما إذا مات المولى، وهي تَخْرُجُ مِن الثلُث، فإنها تَعْتِقُ وسقَط عنها السِّعايةُ بالإجماعِ؛ لأنها قد استحقَّتِ الحرِّيَّةَ بالتدْبيرِ، والمستَسْعَى إذا استحقَّ الحرِّيَّةَ مِن جهةٍ أُخرى بطَلتْ عنه السِّعايةُ.

قال: وإن دبَّر مكاتبتَه صحَّ التدْبيرُ ولها الخيارُ؛ إن شاءَتْ مضَتْ على الكتابةِ، وإن شاءَتْ عجَّزتْ نفْسَها وصارتْ مدبَّرةً.

وذلك لما بيَّنَّا أنه قد ثبَت لها حقُّ الحرِّيَّةِ مِن وجهَيْنِ، فلها أن تختارَ ما شاءَتْ مِن ذلك.

قال: فإن مضَتْ على كتابتِها فمات المَوْلى ولا مالَ له فهي بالخيارِ؛ إن شاءَتْ سعَتْ في ثُلُثَي مالِ الكتابةِ، أو ثُلُثَي قيمتِها عندَ أبي حنيفةَ.



وذلك لأنه قد ثبَت لها حقُّ الحرِّيَّةِ بأحدِ المالَيْنِ، فلها أن تَختارَ أيَّهما شاءَتْ.

وعلى أصلِهما: تَسعَى في الأقلِّ مِن ذلك؛ لأن عتْقَ البعضِ عندَهم يُوجِبُ عتْقَ الجميعِ، فهي بمنزلةِ حُرٍّ عليه دَيْنٌ فلا مَعْنى للخيارِ، ولا خلافَ في هذه المسألةِ في القَدْرِ، وإنما الخلافُ في الخيارِ؛ لأنه حينَ دبَّر فقد استَوْفَى منه جُزْءًا بالتدْبيرِ فكأنه أعتَقه، وفي المسألةِ الأُولى الخلافُ في القَدْرِ أيضًا لِما بيَّنَّاه.

قال: وإذا أعتَق المكاتَبُ عبدَه على مالٍ لم يَجُزْ، وإن وهَب على عِوَضٍ لم يَصِحَّ.

وذلك لأن المكاتَبَ لا يَصِحُّ تبرُّعُه، وأخْذُ العِوَضِ على العِتْقِ والهبةِ لا يُخرِجُه مِن أن يكونَ عقْدَ تبرُّعٍ، فلم يَجُزْ أيضًا.

قال: وإن كاتَب عبدَه جاز.

وهذا الذي ذكَره استحسانٌ، والقياسُ: أن لا يَجوزَ للمُكاتَبِ أن يُكاتِبَ، وهو أحدُ قولَي الشافعيِّ[1].

وجْهُ القياسِ: أنه عقْدٌ يُفْضِي إلى العتْقِ فلا يَمْلِكُه المكاتَبُ، أصلُه العتْقُ على مالٍ.

وجْهُ الاستحسانِ: أنه عقدٌ على الرِّقِّ بِعِوَضٍ ليس فيه صريحُ تبرُّعٍ فجاز كالبيعِ، ولأن هذا أنفَعُ له مِن البيعِ؛ لأنه يأخُذُ العِوَضَ مع بقاءِ الرقبةِ على مِلْكِه فكان أَوْلى بالجوازِ.

---

(١) ينظر: «الأم» (٨/ ٦٨)، و«المهذب» (٢/ ٣٩٩)، و«بحر المذهب» (٨/ ٣٥١).



والفَرْقُ بينَ الكتابةِ والعتْقِ على مالٍ: هو أن العتقَ على مالٍ هو صريحُ التبرُّعِ وفيه معْنى المالِ، وصريحُ التبرُّعِ لا يَصِحُّ مِن المكاتَبِ، والكتابةُ عقْدُ عِوَضٍ فيه معْنى التبرُّعِ، فصار كما لو باع وحابَى.

قال: فإن أدَّى الثاني قبْلَ أن يَعْتِقَ الأوَّلُ فولاؤُه للمَوْلى، وإن أدَّى بعْدَ عتْقِ المكاتَبِ فوَلَاؤُه له.

وذلك لما بيَّنَّا أن مكاتبتَه قد صحَّتْ، ومِن شرطِ الكتابةِ العتقُ عندَ الأداءِ فإذا أدَّى عتَق، فإن كان المكاتَبُ الأوَّلُ لم يَعْتِقْ لم يثبُتْ له الولاءُ؛ لأن الولاءَ لا يثبُتُ لعبدٍ ويثبُتُ للمَوْلى؛ لأن هذا العبدَ الثاني استفاد العتْقَ بسببٍ كان مِن جهتِه، وإن كان المكاتَبُ الأوَّلُ قد عتَق قبْلَ أداءِ الثانِي فوَلاءُ الثاني له؛ لأنه عتَق مِن جهتِه وهو حُرٌّ فثبَت له الولاءُ.

وقد قالوا: إذا ثبَت الولاءُ في هذه المسألةِ للمَولى، ثُمَّ عتَق المكاتَبُ الأوَّلُ بعْدَ ذلك، لم يَرْجِع إليه[1] الولاءُ؛ لأنه ولاءُ عَتاقِه[2]، وذلك لا ينتَقِلُ عمَّنْ يثبُتُ له.

وإذا اختلَف المَوْلى والمُكاتَبُ في مالِ الكتابةِ، فالقولُ قولُ المكاتَبِ، ولا تَحالُفَ[3] في قولِ أبي حنيفةَ.

وقال أبو يوسفَ، ومحمدٌ: يَتحالفانِ[4]، وهو قولُ الشافعيِّ[5].

(١) في (أ، ظ، ع): «إلى». (٢) في (أ٢): «إعتاقه».

(٣) رسم في (أ) بالياء والتاء معًا، وفي (ر): «يحلف»، وفي (ع): «تحالفا»، وفي (غ): «يحالف».

(٤) ينظر: «الهداية» (٣/ ١٦٥)، و«المحيط البرهاني» (٤/ ١٥٤)، و«البناية» (٩/ ٣٧٢).

(٥) ينظر: «مختصر المزني» (٨/ ٤٣٤)، و«الحاوي» (١٨/ ١٩٢)، و«نهاية المطلب» (١٩/ ٣٩٠).



وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أنه عقْدٌ على العتْقِ بِعِوَضٍ، فلا يثبُتُ فيه التحالُفُ، أصلُه العتْقُ على مالٍ.

وجْهُ قولِهما: أنه عقْدٌ بِعِوَضٍ يَلْحَقُه الفسخُ فصار كالبيعِ، وإذا سقَط التحالُفُ كان القولُ قولَ المكاتَبِ؛ لأن المولى يدَّعِي عليه زيادةَ عِوَضٍ وهو يُنْكِرُ ذلك، فكان القولُ قولَه، كما لو اختَلَفا في العتقِ على مالٍ.

وقد قالوا: إن وهَب المكاتَبُ المالَ الكثيرَ بإذْنِ المولى لم يَصِحَّ. وقال الشافعيُّ: يَصِحُّ[1].

لنا: أنه تبرُّعٌ فيه ضررٌ على المكاتَبِ، فلا يَصِحُّ وإن أَذِن فيه المولَى كالعِتْقِ.

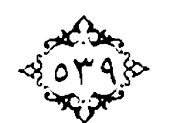
فإن قيل: الحقُّ لهما فلا يَعْدُوهما، وإذا اتَّفقا عليه جاز، كالعبدِ إذا وهَب بإذْنِ مولاهُ.

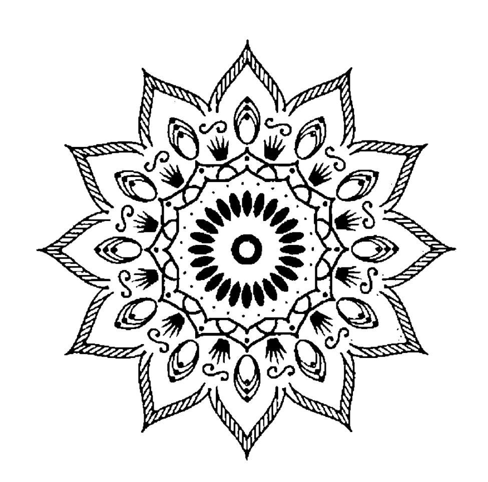
قيل له: المعْنى في الأصلِ أن المولى يَمْلِكُ أن يَهَبَ ما في يدِه بغيرِ رِضاهُ فجاز أن يَهَبَ بإذْنِه، ولا يَجوزُ له أن يَهَبَ ما في يدِ المكاتَبِ بغيرِ رضاهُ، فلم يَمْلِكْ أن يَهَبَ هو بإذنِه.

واللهُ أعلمُ

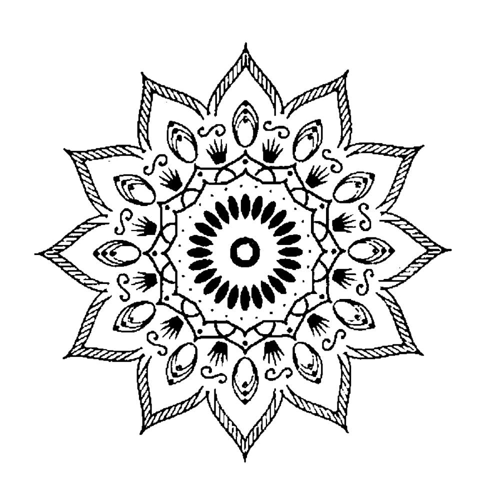
---

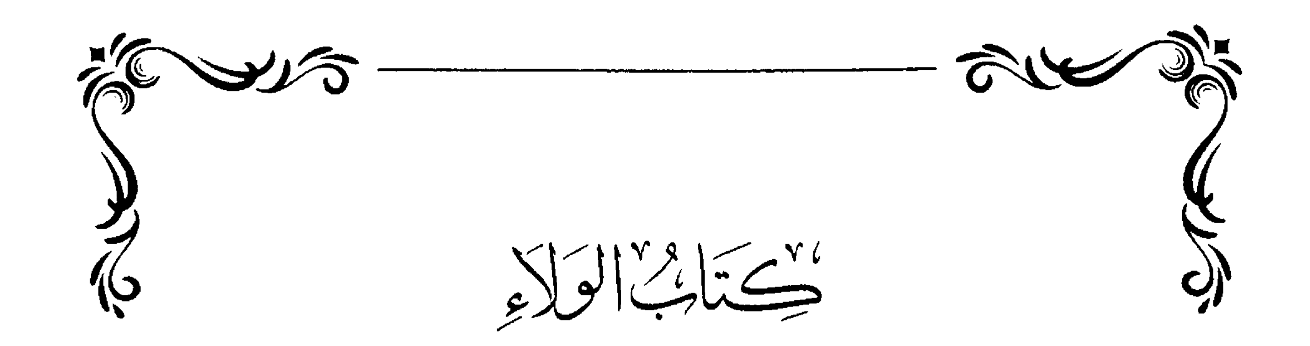
(١) فيه قولان للشافعي، والمعتمد الصحة. ينظر: «الأم» (٨/ ٦٧، ٦٨)، و«الحاوي» (١٨/ ١٦٤)، و«روضة الطالبين» (١١/ ٢٨٢).





كِتَابُ الوَلَاءِ





كتاب الولاء

الولاءُ على ضَربَيْنِ؛ ولاءُ عَتاقةٍ، وولاءُ موالاةٍ، فولاءُ العتاقةِ[1] سببٌ يثبُتُ بالعتْقِ بينَ المعتِقِ والمعتَقِ بموجَبِ الإرْثِ مِن أحدِ الجانبَيْنِ.

والدليلُ على ثبوتِ هذا الحدِّ[2]: ما رُوِي عن النبيِّ صَلَّىٱللَّهُعَلَيْهِوَسَلَّمَ أنه قال: «الوَلَاءُ لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ»[3]. فاقتَضى تعلُّقَ الإرثِ بها كما تعلَّق بالنَّسَبِ،

(١) قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٠): «وَلَاءُ العِتَاقةِ: هو إذا مات المُعتَق بالفتح، ورثه المُعتِق بالكسر».

(٢) في (ر، س، ض، ل، ي): «الحكم».

(٣) أخرجه ابن حبان (٤٩٥٠) من طريق أبي يوسف، عن عبيد اللَّه بن عمر، عن عبد اللَّه بن دينار، عن ابن عمر. وينظر: «علل ابن أبي حاتم» مسألة (١٦٤٥)، و«علل الدارقطني» مسألة (٢٩٤٨)، و«الإلمام» (١/ ٤٧٤)، و«فتح الباري» (١٢/ ٤٤).

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٠، ٢٣١): «لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ: اختلف في ضم اللحمة وفتحها، فقيل: هي في النسب بالضم، وفي الثوب بالفتح والضم. وقيل: في الثوب بالفتح وحده. وقيل: في النسب والثوب أوله بالفتح، فأما بالضم فهي ما يصاد به الصيد. وفي المغرب: الفتح لغة. وهذا ظاهر في اعتماد الضم. قال ابن الأثير: معنى الحديث المخالطة في الولاء، وأنها تجري مجرى النسب في الميراث، كما تخالط اللحمة سَدَى الثوب، حتى يصير كالشيء الواحد، لما بينهما من المخالطة الشديدة. وفي المغرب: الولاء لحمة كلحمة النسب: أي تشابك ووصلة كوصلته. انتهى. قلت: الضمير للنسب، والتشبيه هنا واقع به، فيتم المعنى من الكلامين؛ فتأمل». ينظر: «طلبة الطلبة» (ص ٦٦)، و«النهاية» (٤/ ٢٤٠)، و«المغرب» (٢/ ٢٤٤).



ورُوِي: أنه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ رأى رجلًا ومعه غلامٌ فسأله عنه، فقال: عبدِي رأيتُه في السوقِ فاشْتَرَيْتُه وأعْتَقْتُه. فقال صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «هُوَ أَخُوكَ وَمَوْلَاكَ، إِنْ شَكَرَكَ فَهُوَ خَيْرٌ لَهُ وَشَرٌّ لَكَ، وَإِنْ كَفَرَكَ فَهُوَ شَرٌّ لَهُ وخَيْرٌ لَكَ، وَإِنْ مَاتَ وَلَمْ يَتْرُكْ وَارِثًا فَأَنْتَ عَصَبَتُهُ»(١).

ورُوِي: «أن ابنةَ حمزةَ أَعْتَقَتْ عبدًا فمات وتَرك ابنةً، فجعَل رسولُ اللَّه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ نصفَ مالِه لابنتِه، والنصفَ لابنةِ حمزةَ»(٢).

وأما ولاءُ الموالاةِ فهو إذا والَى الرجلُ رجلًا وعاقَده، فإن الولاءَ يَصِحُّ، ويَرِثُه إن لم يكن له وارثٌ، ويَعْقِلُ عنه، وقال الشافعيُّ: لا يَرِثُه(٣).

لنا: قولُه تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ عَقَدَتْ أَيْمَٰنُكُمْ فَـَٔاتُوهُمْ نَصِيبَهُمْ﴾ [النساء: ٣٣]. فأوْجَب نقْلَ الميراثِ بالمعاقَدةِ، وهذا لا يكونُ إلا بالموالاةِ.

ولِما رُوِي في حديثِ تميمٍ الداريِّ: أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال فيمَن أَسْلَم على يدِ رجلٍ: «هو أحقُّ الناسِ بمَحْياهُ ومَمَاتِه»(٤).

---

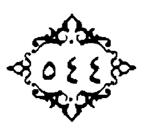
(١) أخرجه البيهقي (٦/ ٢٤٠) من طريق يزيد، عن أشعث بن سوار، عن الحسن. قال البيهقي: «هكذا جاء مرسلًا».

قال ابن قطلوبغا في «تقريب الغريب» (ص ٢٣٠): «المولى: يقع على جماعة كثيرة، الرب، والمالك، والسيد، والمنعم، والمعتِق بكسر التاء، والناصر، والمحب، والتابع، والجار، وابن العم، والحليف بالحاء المهملة، والعقيد، والعبد، وغير ذلك، والسياقات تفيد المراد».

(٢) أخرجه أبو داود في «المراسيل» (٣٦٤) عن عبد اللَّه بن شداد. ينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٥٠).

(٣) ينظر: «الأم» (٧/ ١٤٠)، و«الحاوي» (٨/ ١١٩)، و«بحر المذهب» (٧/ ٤٤٢).

(٤) علَّقه البخاري عقِب الحديث (٦٧٥٦) باب إذا أسلم على يديه رجل، وقال: «واختلفوا في صحة هذا الخبر». =



وأَجْمَعْنا أنه لم يُرِدْ تعلُّقَ الحكْمِ بمجرَّدِ الإسلامِ، فلم يَبْقَ إلا أن يكونَ المرادُ به الإسلامَ والموالاةَ؛ ولأن ثلثَ مالِ الإنسانِ يَجوزُ أن يُستَحَقَّ بعْدَ موتِه بعقدِه إذا لم يتعلَّق به حقٌّ معيَّنٌ، وإن تعلَّق به حقٌّ لم يَصِحَّ، كذلك بقيةُ المالِ.

فإن قيل: قال النبيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «إِنَّ اللَّهَ أَعْطَى كُلَّ ذِي حَقٍّ حَقَّهُ، فَلَا وَصِيَّةَ لِوَارِثٍ»[1]. ولو كان لهذا المولى حقٌّ لذَكَره.

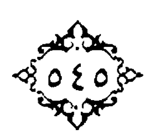
قيل له: هذا يَحتَمِلُ أنه أَعطَى المذكورِينَ، ويَحْتَمِلُ أنه أَعطَى كلَّ مستحِقٍّ، وقد عَلِمْنا أنه لم يُعْطِ كلَّ مستحِقٍّ؛ لأنه لم يذْكُرِ المولى ولا الجدَّةَ، فعُلِم أن المرادَ به المذكورينَ، وخلافُنا فيمَن لم يذْكُرْه.

فإن قيل: كلُّ سببٍ لا يُورَثُ به مع وجودِ النسَبِ بحالٍ وجَب أن لا يُورَثَ به مع عدمِه، كما لو أَسْلَم على يدِه.

والحديث أخرجه أبو داود (٢٩١٨) من طريق يحيى بن حمزة، عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز، سمعت عبد اللَّه بن موهب يحدث عمر بن عبد العزيز، عن قبيصة بن ذؤيب، عن تميم الداري.

وأخرجه الترمذي (٢١١٢)، وابن ماجه (٢٧٥٢)، والنسائي في «الكبرى» (٦٣٧٩، ٦٩٨٠) من طرق عن عبد العزيز بن عمر بن عبد العزيز، عن عبد اللَّه بن موهب، عن تميم. قال الترمذي: «لا نعرفه إلا من حديث عبد اللَّه بن وهب، ويقال: ابن موهب، عن تميم الداري، وقد أدخل بعضهم بين عبد اللَّه بن موهب، وبين تميم الداري، قبيصة بن ذؤيب؛ رواه يحيى ابن حمزة، عن عبد العزيز بن عمر، وزاد فيه قبيصة بن ذؤيب، والعمل على هذا الحديث عند بعض أهل العلم، وهو عندي ليس بمتصل». وينظر: «بيان الوهم والإيهام» (٣/ ٥٤٥)، و«نصب الراية» (٤/ ١٥٥).

(١) أخرجه أبو داود (٢٨٧٠)، والترمذي (٢١٢٠)، وابن ماجه (٢٧١٣) عن أبي أمامة. قال الترمذي: «حسن».



قيل له: يُورَثُ بالولاءِ عندَنا مع النسَبِ إذا كان النسَبُ عبدًا أو كافرًا، ثُمَّ هذا لا يَصِحُّ؛ لأن ولاءَ العَتاقةِ لا يُورَثُ به مع وجودِ العصبةِ مِن جهةِ النسَبِ، ولا يدُلُّ على[1] أنه لا يَرِثُ[2] مع عدمِها، كذلك هذا.

قال رَحِمَهُ ٱللَّهُ: إذا أَعْتَق الرجلُ مملوكَه فوَلَاؤُه له.

وقد دلَّ على ذلك ما قدَّمْناهُ مِن الأَخبارِ.

قال: وكذلك المرأةُ تَعتِقُ.

لِما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ورَّث بنتَ حمزةَ بقيَّةَ المالِ بالولاءِ».

قال: وإن شرَط أنه سائبةٌ فالشرْطُ باطِلٌ، والوَلاءُ لِمَنْ أَعْتَق.

وذلك لما رُوِي: أن عائشةَ أرادتْ أن تَشْتَرِيَ بريرةَ وتُعْتِقَها، وكان مواليها شرَطوا أن يكونَ الوَلاءُ لهم، فسألتِ النبيَّ صَلَّى ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فقال: «أَعْتِقِيها فإِنَّ الوَلَاءَ لِمَنْ أَعْتَقَ»[3]. فأَبْطَلَ الشرْطَ وجعَل الولاءَ لِمَن أَعْتَق.

قال: وإذا أدَّى المكاتَبُ عتَق وولاؤُه للمَوْلَى، وإنْ أُعْتِقَ[4] بعْدَ موتِ المَوْلى[5].

---

(١) من (ض، ي).

(٢) في (أ٢، س، ي): «يورث».

(٣) أخرجه البخاري (٤٥٦)، ومسلم (١٥٠٤) عن عائشة.

(٤) في (ر، غ، ونسخة مختصر القدوري): «عتق».

(٥) بعده في (ح، ونسخة مختصر القدوري): «فولاؤُه لورثةِ المَوْلَى». وينظر: «الجوهرة النيرة» (١١٧/٢).

وذلك لأن العتقَ واقِعٌ مِن جهةِ المولَى، وإن تأخَّر إلى وقتِ الأداءِ، فأشْبَهَ العتقَ المعلَّقَ بشرْطٍ.

قال: وإن مات المَوْلى عتق مُدَبَّرُوه، وأُمهاتُ أولادِه، وولاؤُهم له.

لأن العتقَ وقَع مِن جهتِه، وإنما تأخَّر وقوعُه، وتعلَّق بالموتِ فيكونُ الولاءُ لِمَن أَعْتَق.

وقد قالوا: في العبدِ الموصَى بعتْقِه أو بشرائه وعتقِه بعْدَ موتِه أن ولاءَه للميِّتِ؛ لأن العتقَ يَقَعُ عنه وتَرِكَتُه على حكْمِ مِلْكِه فقد وقَع العتقُ في العبدِ، وهو على حكْمِ مِلْكِه فيكونُ ولاؤُه له(1).

قال: ومَن ملَك ذا رَحِمٍ مَحْرَمٍ منه عتَق عليه وولاؤُه له.

وذلك لِما رُوِي عن النبيِّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أنه قال: «مَنْ مَلَكَ ذَا رَحِمٍ مَحْرَمٍ مِنْهُ عَتَقَ عَلَيْهِ»(2)، وفي بعضِ الأخبارِ: «فَهُوَ حُرٌّ»(3)، وإذا عتَق عليه كان ولاؤُه له.

قال: وإذا تزوَّج عبدُ رجلٍ أَمَةً لآخَرَ، فأَعْتَق المَوْلى الأَمَةَ وهي حامِلٌ مِن العبدِ، عتقَتْ وعتَق حمْلُها، وولاءُ الحَمْلِ لِمَوْلى الأُمِّ لا يَنْتَقِلُ عنه أبدًا.

---

(1) (81) ينظر: «المبسوط» (8/ 84)، و«الهداية» (3/ 267) و«البناية» (11/ 9).

(2) تقدَّم من حديث ابن عمر.

(3) أخرجه أبو داود (3949)، والترمذي (1365)، والنسائي في «الكبرى» (4878- 4881)، من طرق الحسن عن سمرة. قال عبد الحق في «الأحكام الوسطى» (4/ 15): «لا يصح هذا؛ لأن سماع الحسن من سمرة لا يصح إلا في حديث العقيقة». ينظر: «تنقيح التحقيق» لابن عبد الهادي (5/ 96)، و«نصب الراية» (3/ 280).



أما وقوعُ العتْقِ عليهما فلأن الحمْلَ في حكْمِ جُزءٍ منها، فإذا وقَع عليها العِتْقُ فهو مُوقَعٌ عليه أيضًا كسائر أجزائها، وأما ثبوتُ الولاءِ لمولى الأُمِّ فلقولِه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ».

وأما قولُه: ولا ينتَقِلُ عنه أبدًا. فلأنَّه ولاءٌ يثبُتُ بإيقاعِ العتْقِ وذلك لا ينتَقِلُ.

الدليلُ عليه: قولُه صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ». فأثبَت للمعْتِقِ وظاهرُه يقتَضِي أن لا يثبُتَ لغيرِه، ولأن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ بيَّن لعائشةَ لمَّا شرَطتِ الولاءَ لمولى بريرةَ: أن الشرْطَ فاسِدٌ، وأن الولاءَ لِمَن أعْتَق، فلو جاز أن ينتَقِلَ لجاز شرْطُه لغيرِ المعْتِقِ.

قال: فإن ولدَتْ بعْدَ عتْقِها لأكثرَ مِن ستةِ أشهُرٍ ولدًا فولاؤُه لمَوْلى الأُمِّ، فإن أُعْتِق العبدُ جَرَّ ولاءَ ابنِه، وانتقَل عن مَوْلى الأُمِّ إلى مَوْلى الأبِ.

والأصلُ في ثبوتِ جَرِّ الولاءِ أنه رُوِي عن عليٍّ، وعمرَ، وعبدِ اللَّهِ، وزيدِ ابنِ ثابتٍ، والزبيرِ في آخَرينَ مِن الصحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ جوازُ ذلك، ولا يُعْرَفُ لهم مُخالِفٌ[1].

وذكَر محمدٌ في «الأصلِ»، عن عمرَ بنِ الخطابِ أنه قال: «إذا كانت الحرَّةُ تحتَ مملوكٍ فولدَت عتَق الولدُ بعتْقِها، فإن أُعْتِق أبوهم جرَّ الولاءَ»[2].

ورُوِي: «أن الزبيرَ بنَ العوامِ ....

(١) ينظر: «مصنف عبد الرزاق» (١٦٢٧٦، ١٦٢٧٨، ١٦٢٨٠)، و«مصنف ابن أبي شيبة» (٣٢١٩٠، ٣٢١٩٢).

(٢) ينظر: «الأصل» (٦/ ٣٦٦)، وابن أبي شيبة (٣٢١٨٩).



أَبْصَر فِتْيةً لُعْسًا أَعْجَبه ظُرْفُهم(١)، وأُمُّهم مولاةٌ لرافعِ بنِ خَدِيجٍ، وأبوهم عبدٌ لبعضِ الحُرَقةِ مِن جهينةَ أو لبعضِ أَشْجَعَ، فاشْتَرى الزبيرُ أباهم وأَعْتَقه، وقال لهم: انتَسِبوا إليَّ. وقال رافعٌ: بل هم مواليَّ. فاختَصما إلى عثمانَ بن عفانَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ، فحكَم بالولاءِ للزبيرِ»(٢).

ولأن الولاءَ ضربٌ مِن التعصيبِ، والتعصيبُ إنما يثبُتُ مِن جهةِ الأبِ، وعلى هذا جميعُ الأحكامِ التي تثبُتُ للابنِ فإنه يَتْبَعُ الأبَ فيها، الدليلُ عليه النصرةُ والعقلُ، وإنما لم تَتْبَعِ الأبَ هنا لتعذُّر ذلك، فإذا أَعْتَق الأبَ عاد إلى الأصلِ.

وإذا ثبَت ما ذكَرْناه مِن جرِّ الولاءِ، قُلنا: إذا أَعْتَقها، ثُمَّ ولدتْ بعْدَ ذلك لستةِ أشهُرٍ، فقد أتتْ به لمدَّةِ حمْلٍ تامٍّ، فيجوز أن يكونَ حدَث بعْدَ العتْقِ، ويَجوزُ وجودُه وقتَ عتْقِ الأُمِّ، فلا يعتقه بالإيقاعِ المتقدِّمِ بالشكِّ، فيَعْتِقُ تبعًا للأُمِّ بسِرايةِ العتْقِ إليه، وإذا كان تبعًا لها في العتقِ كان ولاؤُه تبعًا لولائها لمَّا تعذَّر ثبوتُه مِن جهةِ الأبِ، فإذا أُعْتِق الأبُ أَمْكن ثبوتُ الولاءِ مِن جهتِه، فانتقَل إلى موالي أَبيه.

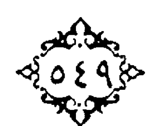
فإن قيل: إن الولاءَ قد جُعِل في الشريعةِ بمنزلةِ النسَبِ، والنسَبُ لا ينفسخُ بعْدَ ثبوتِه فكذلك الولاءُ يَجِبُ أن لا ينفَسِخَ.

قيل له: كذلك نقولُ لا ينفَسِخُ، ولكن حدَث ولاءٌ أَولى منه ومتقدِّمٌ عليه،

---

(١) واللُّعس جمع ألْعس، وهو الذي تضرب شفته إلى السواد قليلاً، وذلك مما يستملح. ينظر: «طلبة الطلبة» (ص٦٦).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٦٢٨٣).



كما تقولُ في الأخِ: له تعصيبٌ. فإن حدَثَ للرجلِ ابنٌ كان أَوْلى مِن الأخِ، وإن لم يَبْطُلْ تعصيبُه.

ولا يُشْبِهُ هذه المسألةَ ما ذكَرْناه في المسألةِ الأُولى؛ لأن هناك الولاءُ يثبُتُ بالإيقاعِ على وجْهِ التَّبَعِ للأُمِّ، بيَّنَ ذلك أن الأبَ لو كان حرًّا فأَعْتَق مولى الجاريةِ عتقَتْ وولدُها، وكان ولاءُ الولدِ لموالي الأُمِّ دُونَ موالي الأبِ لِما ذكَرْناه، وهاهنا ثبَت الولاءُ لموالي الأُمِّ لتعذُّرِ ثبوتِه مِن جهةِ الأبِ لا بالإيقاعِ، فإذا أُعْتِق الأبُ انتقَل الولاءُ إلى مولاه.

قال: ومَن تزوَّج مِن العَجَمِ بِمُعْتَقَةٍ مِن العربِ فولدَتْ له أولادًا فولاءُ أولادِها لِمواليها عند أبي حنيفةَ.

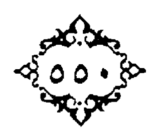
وهو أيضًا قولُ محمدٍ، كذا ذكَر في «الأصلِ»، وقال أبو يوسفَ: حكْمُه حكْمُ أبيه[1].

وجْهُ قولِ أبي حنيفةَ: أن الولاءَ يثبُتُ للنصرةِ، وهذا موجودٌ مِن جهةِ الأُمِّ؛ لأن مواليها يَتناصرُونَ بالقبائلِ، ولا يُوجدُ ذلك مِن جهةِ الأبِ، فتعذَّر ثبوتُه مِن جهةِ الأبِ، فيثبُتُ مِن جهةِ الأُمِّ، ولأن الأبَ لو كان عبدًا كان ولاءُ الولدِ لموالي أُمِّه، لأنه لا عاقلةَ لأَبِيه، كذلك في مسألتِنا.

وجْهُ قولِ أبي يوسفَ: أن الولاء ضربٌ من التعصيبِ، وهذا المعنى يثبُتُ مِن جهةِ الأبِ دُونَ الأُمِّ.

---

(١) ينظر: «الأصل» (٦/ ٣٦٨)، و«الهداية» (٣/ ٢٦٨)، و«العناية» (٩/ ٢٢٤)، و«البناية» (١١/ ١٦).



وعلى هذا الخلاف أيضًا: إذا كان الأبُ قد والى رجلًا، فإن ولاءَ الولدِ لمولى الأُمِّ؛ لأن لهم ولاءَ عتاقةٍ وذلك أَقْوى مِن ولاءِ الموالاةِ، ألا ترى أنه لا يَلْحقُه الفسخُ، وولاءُ الموالاةِ يَلْحَقُه الفسخُ، ولا خلافَ بينَهم أن الأبَ إذا كان عربيًّا فإنه لموالي أَبيه؛ لأن عقْلَه على قومِ أَبيه، وكذلك إذا كان مولًى لِعَرَبِيٍّ لِقَولِه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «مَوْلَى القَوْمِ مِنْ أَنْفُسِهِمْ»[1].

وقد قال أصحابُنا: إن الجدَّ إذا أُعْتِق لا يَجُرُّ الولاءَ[2]. وقال الشافعيُّ: يَجُرُّ الوَلاءَ[3].

لنا: أنه لو صحَّ ذلك لم يثبُتْ قطُّ لموالي الأُمِّ الولاءُ؛ لأنه لا شكَّ أن أصلَه مِن بعضِ الأجدادِ إلى آدمَ، فلما أَجْمَعُوا على ثبوتِ الولاءِ لمولى الأُمِّ، دلَّ أنه لا يثبُتُ للجدِّ، ولأنه لا يَصِيرُ مسلِمًا بإسلامِه فصار كغيرِ الجدِّ.

قال: وولاءُ العَتاقةِ تعصيبٌ.

وذلك لما رُوِي: «أن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ لما مات مُعْتِقُ بنتِ حمزةَ وتَرَك بنتًا، جعَل لبنتِه النصفَ، والباقِي لبنتِ حمزةَ»، وهذا هو التعصيبُ.

قال: فإن كان للمُعْتَقِ عصبةٌ مِن النسَبِ فهو أَوْلى منه، وإن لم يكن له عصبةٌ مِن جهةِ النسَبِ فميراثُه للمُعْتِقِ.

وذلك لأن النبيَّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ أَجْرَى الولاءَ مُجْرَى النسَبِ، وما أُجْرِي

(1) أخرجه البخاري (٦٧٦١) عن أنس.

(2) ينظر: «الأصل» (٦/ ٣٦٧)، و«المبسوط» (٨/ ٨٧).

(3) ينظر: «الحاوي» (١٨/ ٩٧)، و«المهذب» (٢/ ٤٠٣)، و«روضة الطالبين» (١٢/ ١٧٢).

مُجْرَى غيرِه إنما يثبُتُ حكْمُه عندَ عدمِه[1].

قال: فإن مات المَوْلى، ثُمَّ ماتَ المُعْتَقُ فميراثُه لبَنِي المَوْلى دُونَ بناتِه، وليس للنساءِ مِن الولاءِ إلا ما أَعْتَقْنَ أو أَعْتَق مَن أَعْتَقْن، أو كاتَبْنَ أو كاتب مَن كاتَبْنَ.

كذلك رُوِي عن عليٍّ، وعمرَ، وابنِ مسعودٍ، وأُبَيِّ بنِ كعْبٍ، وزيدٍ، وأسامةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ أجمعين، أنهم قالوا كذلك، ولا مُخالِفَ لهم[2].

قال: وإذا ترَكَ المَوْلى ابنًا وأولادَ ابنٍ آخَرَ فميراثُ المُعتَقِ للابنِ دُونَ بَنِي الابنِ والولاءُ لِلْكُبْرِ[3].

وقد رُوِي مثلُ ذلك عن عليٍّ، وعمرَ، وابنِ مسعودٍ، وأُبَيِّ بنِ كعْبٍ، وزيدِ ابنِ ثابتٍ، وأبي مسعودٍ الأنصاريّ، وأسامةَ بنِ زيدٍ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ[4].

وروَى ابنُ عمرَ أن النبيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ قال: «الوَلَاءُ نَسَبٌ»[5]، وفي بعضِ الأخبارِ: «لُحْمَةٌ كَلُحْمَةِ النَّسَبِ، لَا يُباعُ وَلَا يُوهَبُ»[6]، فلمَّا جعَله صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ

---

(١) ينظر: «التجريد» (٨/ ٣٩٢٣).

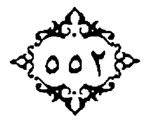
(٢) ينظر: ابن أبي شيبة (٣٢١٥٥)، والبيهقي (١٠/ ٣٠٦).

(٣) في (ح، ر، ظ، ل، ي): «للكبير». وقولهم: الولاء للكُبْر. أي: لأكبر أولاد المُعتِقِ، والمرادُ أقربُهم نسبًا، لا أكبرُهم سِنًّا. ينظر: «المغرب» (٢/ ٢٠٤).

(٤) ينظر: عبد الرزاق (١٦٢٣٨)، وسعيد بن منصور (٢٦٧)، وابن أبي شيبة (٣٢٢١٣). وينظر: «نصب الراية» (٤/ ١٥٤، ١٥٥).

(٥) أخرجه ابن عدي في «الكامل» (٣/ ٥٣٥)، والجصاص في «شرح مختصر الطحاوي» (٨/ ٤١٨) عن ابن عمر.

(٦) تقدَّم عن ابن عمر.



نسَبًا، وكان النسَبُ لا يُورثُ، كذلك ما أُجْرِيَ مُجْرَاهُ.

وعن شُرَيحٍ: «إنه بمنزلةِ المالِ»[1]. وهذا ليس بصحيحٍ؛ لأنه لو وَرِث كما يُورَثُ المالُ لانتقَل إلى جميعِ الورثةِ، وإن قال: إنه يُورَثُ بالتعصيبِ. فالابنُ أَوْلى مِن ابنِ الابنِ.

وقولُهم: الولاء للكُبْرِ. خرج على المعتادِ، وهو أن الابنَ يكونُ أكبرَ مِن ابنِ الابنِ في أكثرِ الأحوالِ، وإن كان في حالةٍ قد يكونُ ابنُ الابنِ أكبرَ مِن عمِّه.

قال: وإذا أَسلَم رجلٌ على يدِ رجلٍ ووَالَاهُ على أن يَرِثَه ويَعْقِلَ عنه، أو أَسْلَم على يدِ غيرِه ووَالَاهُ، فالولاءُ صحيحٌ وعقْلُه على مولاهُ.

وقد دلَّلْنا على صحةِ ذلك فيما تقدَّم.

قال: فإن مات ولا وارثَ له فميراثُه للمَوْلى، وإن كان له وارِثٌ فهو أَوْلى منه.

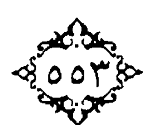
وذلك لأن الاستحقاقَ بالقرابةِ آكَدُ فكان مقدَّمًا عليه، وقد قال أصحابُنا: إذا أَسْلَم على يدِ غيرِه ولم يُوالِه لم يَرِثْ؛ لأن الناسَ كانوا يُسلِمون على عهدِ الصحابةِ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ، ولم يُرْوَ عن أحدٍ منهم أنه أَخَذ الميراثَ بنفْسِ الإسلامِ[2].

قال: وللمَوْلى أن ينتقِلَ عنه بولايةٍ إلى غيرِه ما لم يَعْقِلْ عنه، فإذا عقَل عنه لم يكن له أن يتحوَّل بولايةٍ.

---

(١) أخرجه سعيد بن منصور (٢٦٨)، وابن أبي شيبة (٣٢١٨٣).

(٢) ينظر: «الأصل» (٦/ ٣٦٥)، و«المبسوط» (٨/ ٩٢)، و«بدائع الصنائع» (٤/ ١٧٠)، و«البناية» (١١/ ٣١).



وذلك لأن هذا بمنزلةِ الوصيةِ عندَنا، ألا تَرى أنه حقٌّ أوْجَبه بفِعْلِه متبرِّعًا مِن غيرِ عِوَضٍ، والوصيةُ يَلْحَقُها الفسخُ، فأما إذا عقَل عنه فقد تعلَّق به حقٌّ لا ينفَسِخُ، فلم يكن له أن ينتَقِلَ عنه؛ لأنه إذا عقَل عنه كان ذلك كالعِوَضِ عن الولاءِ، فمنَع الرجوعَ كما يَمْنَعُ العِوَضُ في الهبةِ الرجوعَ.

وقد قال أصحابُنا: إن ولاءَ الموالاةِ يَصِحُّ باعتبارِ شرائطَ:

أحدُها: أن يكونَ المولى مِن غيرِ العربِ: لأن العربيَّ له نصرةٌ بنسبتِه إلى قبيلتِه، وذلك آكَدُ مِن نصرةِ الموالاةِ، بدليل أنه لا يَلْحَقُه الفسخُ، فلا يَجوزُ أن يدْخُلَ أضعفُ الولاءَيْنِ على الآخرِ.

وأن لا يكونَ مُعْتَقًا: لأن ولاءَ العتاقةِ أَقْوَى وآكَدُ.

وأن يَشْتَرِطا الميراثَ والعقلَ: لأن عقدَ الموالاةِ يَقَعُ على ذلك فلا بُدَّ مِن ذِكْرِه.

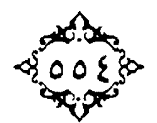
وأن يكونَ لم يَعْقِلْ عن غيرِه: لأنه إذا عقَل عن غيرِه فقد تعلَّق به ولاءٌ لا ينفَسِخُ، فصار كولاءِ العتاقةِ[1].

قال: وليس لمَوْلى العَتاقةِ أن يُوالِيَ أحدًا.

لأنه أضعفُ منه فلا يثبُتُ مع الآكدِ، ألا تَرى أن ولاءَ العَتاقةِ وولاءَ الموالاةِ لو كانا في شخْصَيْنِ قُدِّم ولاءُ العتاقةِ في الميراثِ، فدَلَّ أنه لا يثبُتُ له حُكْمٌ مع وجودِ ولاءِ العتاقةِ.

وقد قال أصحابُنا: إن المولى الأسفَل، وهو المعْتَقُ، لا يَرِثُ مِن الأَعْلى، وهو المنعِمُ بالعتْقِ.

(١) ينظر: «العناية» (٩/ ٢٢٨)، و«البناية» (١١/ ٣١)، و«اللباب» (٣/ ١٣٩).



وقال الحسنُ بنُ زيادٍ: يَرِثُ[1].

لنا: قولُه صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ: «الوَلَاءُ لِمَنْ أَعْتَقَ». والألفُ واللامُ للجنسِ فيَنْفِي ذلك ثبوتُ ولاءٍ لغيرِ معْتِقٍ، ولأن المعْتِقَ يَرِثُ؛ لأنه أنعم بالعتقِ، وهذا لا يُوجَدُ في المعتَقِ.

وجْهُ قولِ الحسن: ما روَى ابنُ عباسٍ: «أن رجلًا أعتَق عبدًا، ثُمَّ مات، ولم يكن له وارِثٌ، فورَّثَ النبيُّ صَلَّى اللهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ المعْتَقَ»[2]، وهذا يَحْتَمِلُ أن يكونَ دفَع إليه على وجْهِ الصلةِ.

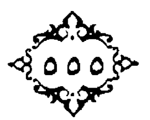
فإن قيل: الولاءُ بمنزلةِ النسَبِ، والنسَبُ يُوجِبُ الميراثَ مِن الطرَفَيْنِ.

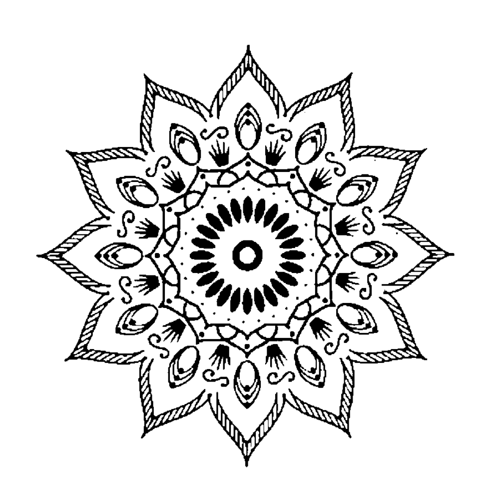
قيل له: هذا يَبْطُلُ بولاءِ الموالاةِ، فإنه يُوجِبُ الميراثَ مِن أحدِ الطرَفينِ، كذلك هذا.

والله أعلم

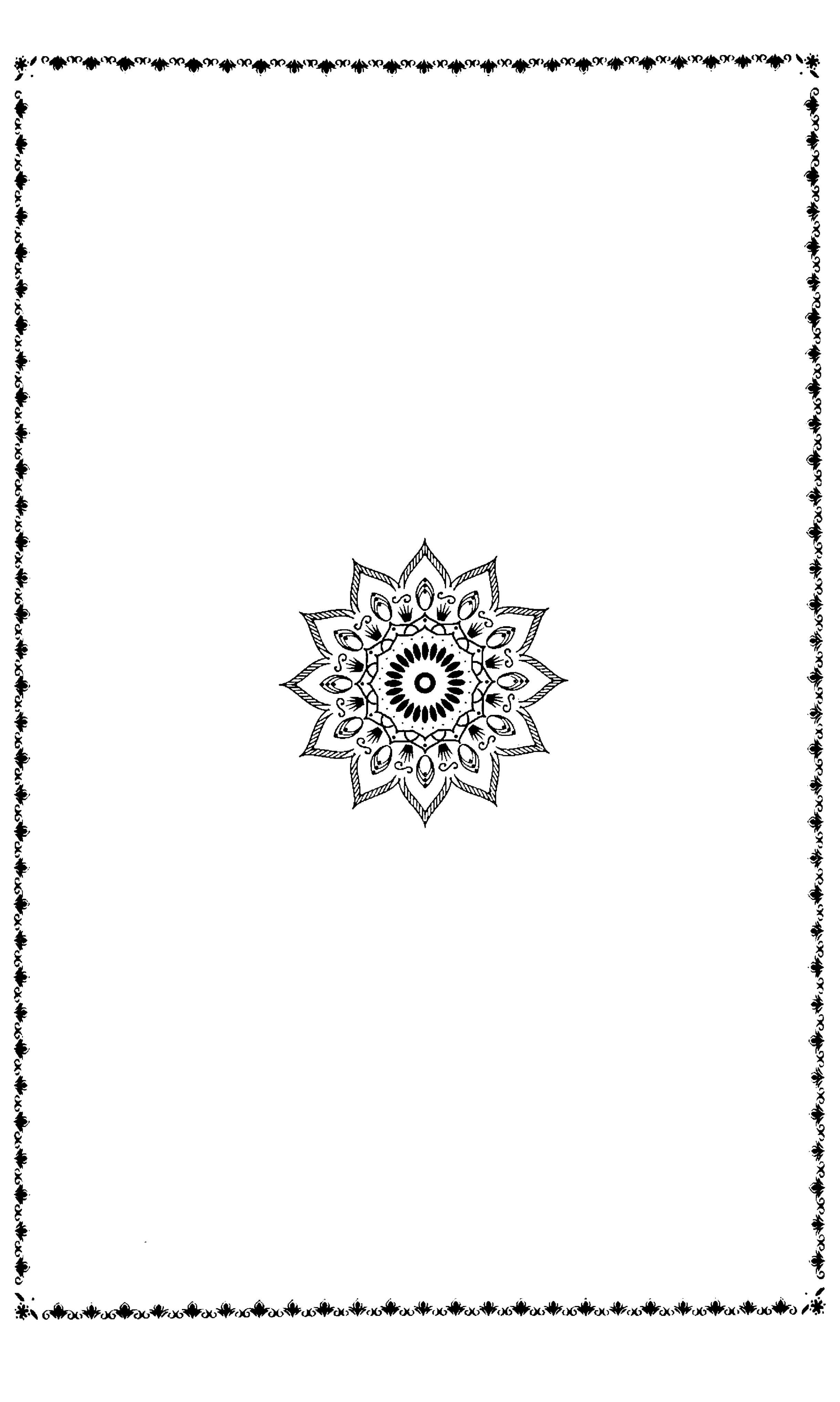
(١) ينظر: «النتف» (٢/ ٨٤١)، و«المحيط البرهاني» (٤/ ١٧٩).

(٢) لم أهتد إليه بهذا السياق.





فِهرِسُ المسَائِلِ الفِقْهِيَّة

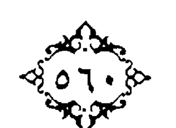


فهرس المسائل الفقهية

المسألة | الصفحة

كتاب النكاح





كتاب الرضاع

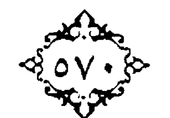
كتاب الطلاق



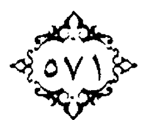
كتاب الرجعة

كتاب الإيلاء

كتاب الخلع



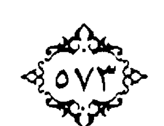
كتاب الظهار



كتاب اللعان



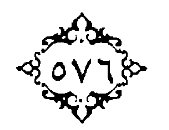
كتاب العدة

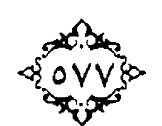




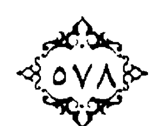
كتاب النفقات







كتاب العتاق

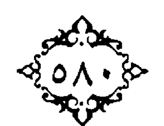


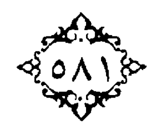
باب التدبير



باب الاستيلاد

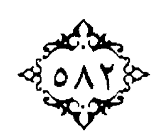
كتاب المكاتب



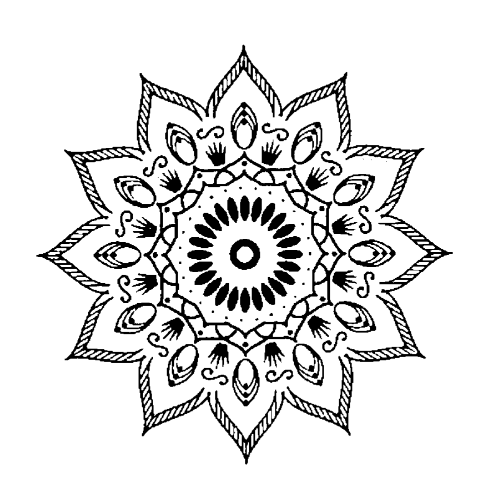


كتاب الولاء





فِهْرِسُ الْمُحْتَوَيَاتِ



فهرس المحتويات

الموضوع — الصفحة







